



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO 28 ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
-SECCIÓN SEGUNDA-**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 11001-33-35-028-2019-00099-00
Demandante: Luis Alejandro González Farías¹
Demandado: Hospital Militar Central²
Controversia: Reconocimiento de Horas Extras

Procede el Despacho a proferir sentencia anticipada, de conformidad con el numeral 1º del artículo 42³ de la Ley 2080 de 2021⁴, por el cual se adiciona el artículo 182A a la Ley 1437 de 2011⁵, dentro del proceso promovido por el demandante **Luis Alejandro González Farías** identificado con cédula de ciudadanía No. 79.413.965, por intermedio de apoderada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra del **Hospital Militar Central**.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones⁶

La parte demandante solicita:

“3.1. La nulidad del Oficio No. E-00022-2018004601 del 25 de mayo de 2018, notificado personalmente el 7 de junio del mismo año, suscrito por la Doctora DENYS ADIELA ORTIZ ALVARADO, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, el Coronel RAUL ARMANDO MEDINA VALENZUELA como Subdirector Administrativo y por la Doctora MARIA ANDREA GRILLO, como Jefe de la Unidad de Talento Humano, con el cual el HOSPITAL MILITAR CENTRAL negó 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) a que tiene derecho la demandante, 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

¹ adalbertocsnotificaciones@gmail.com nivireth_o@hotmail.com

² notjudicial@fiduprevisora.com.co amolina@fiduprevisora.com.co
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co

³ “Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial:

a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho;

b) Cuando no haya que practicar pruebas;

c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento: (...)”

⁴ Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.

⁵ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁶ Folios 2 a 5

Sistema Integral de Seguridad Social y demás derechos percibidos por el demandante.

3.2. La nulidad del oficio E-00022-2018007396 del 21 de agosto de 2018 expedidos por el HOSPITAL MILITAR CENTRAL, suscritos por la Doctora DENYS ADIELA ORTIZ AL VARADO, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, el Coronel RA UL ARMANDO MEDINA VALENZUELA como Subdirector Administrativo y por la Doctora MARIA ANDREA GRIOLLO, como Jefe de la Unidad de Talento Humano, con los cuales se resolvieron en forma negativa los Recursos de Reposición presentados por mi mandante y se rechazó el de apelación.

3.3. El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la totalidad de los recargos establecidos legalmente por realizar trabajos en forma permanente en jornada nocturna, es decir, después de las 6:00 p.m., de acuerdo con la programación mensual que para el efecto realiza el HOSPITAL MILITAR CENTRAL.

3.4. Que el tiempo extraordinario o suplementario que labora para el HOSPITAL MILITAR CENTRAL también debe pagarse con los recargos de ley.

3.5. Mi mandante labora permanentemente en días de descanso obligatorio (domingos y festivos), los cuales no han sido cancelados en su totalidad.

3.6. El salario devengado por concepto de trabajo en jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días de descanso obligatorio debe aplicarse para la reliquidación y pago de las vacaciones, todas las prestaciones sociales y demás derechos inherentes a la relación de trabajo, incluidos los aportes a los Sistemas Integrales de Seguridad Social y Parafiscalidad.

3.7. La demandada está en mora de reconocer y pagar los derechos que se reclaman.

3.8. Que se encuentra debidamente agotada la Vía Gubernativa de Reclamo, en los términos del artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

PARTE CONDENATORIA:

A título de Restablecimiento del Derecho, comedidamente solicito se condene al HOSPITAL MILITAR CENTRAL, al cumplimiento de las siguientes obligaciones a favor de mi representado:

3.9. El reconocimiento y pago de la totalidad de los salarios que le corresponden a mi mandante por trabajar en forma permanente, en jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días domingos y festivos de acuerdo con la programación mensual que realiza el HOSPITAL MILITAR CENTRAL.

3.10. La reliquidación con efectos de futuro y con la permanencia necesaria en el tiempo, 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.

3.11. La reliquidación de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, teniendo en cuenta la totalidad de los factores, salarios y prestaciones devengados por mi mandante durante toda la vigencia de su relación legal y reglamentaria.

3.12. El pago del Índice de Precios al Consumidor "IPC", o ajuste de valor certificado por el DANE, e intereses moratorios sobre las cifras que resulte adeudar la demandada, mes a mes, teniendo en cuenta lo ordenado por los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con lo dispuesto en el artículo 198 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 111 de la Ley 510 de 1999, las sentencias T-418 de 1996 y C-188 de 1999. Subsidiariamente, con fundamento en lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

3.13. La cancelación de costas procesales y agencias en derecho."

2. Hechos⁷

Manifiesta la demandante que se encuentra vinculada al Hospital Militar Central desde el 1º de noviembre de 1986 y actualmente desarrolla las funciones de Auxiliar de Servicios en la unidad de urgencias, mediante el sistema de turnos que incluye domingos y festivos.

Aduce la accionante que en desarrollo de dichas actividades la parte pasiva, no le ha reconocido recargos nocturnos, dominicales y festivos, tal y como lo regula el Decreto 1042 de 1978 y que solamente a partir de mayo de 2018, empezó a pagar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social con algunos factores y salarios adicionales al sueldo básico.

Por lo anterior, mediante petición radicada el 17 de abril de 2018, solicitó tal reconocimiento, el cual fue negado a través del Oficio No. E-00022-2018004601 del 25 de mayo de 2018, acto administrativo frente al que interpuso recurso de reposición, resuelto a través del Oficio No. E-00022-2018007396 del 21 de agosto de 2018, confirmando la decisión adoptada.

3. Normas violadas y concepto de violación⁸

Señala como normas violadas, las siguientes:

Constitución Política de la República de Colombia: artículos 1º, 2º, 13, 25, 53, 58, 113, 123, 189 y 336

Legales: Ley 4ª de 1992, Leyes 344 de 1996, 244 de 1995 y 1071 de 2006, Decreto 2400 de 1968 y Decreto Ley 3135 de 1968

Indica que el Acto Administrativo demandado, es nulo porque fue expedido con desconocimiento de las normas en que debería fundarse y porque contiene una insuficiente motivación.

Manifiesta que en forma permanente, el trabajador debe laborar en jornada nocturna o en días calificados por la ley como de descanso obligatorio. por la prestación permanente de servicios de salud que debe hacer el HOSPITAL MILITAR CENTRAL, el trabajador es programado en forma también permanente para laborar por turnos que se cumplen en jornada nocturna y durante todos los días de la

⁷ Folios 5 a

⁸ folios 10 a 20

semana. Sin embargo, la entidad demandada no paga la totalidad de los recargos que por este efecto legal le corresponden al trabajador y mucho menos, aplica dichos conceptos dentro del criterio universal de "salario" que fija la base para la liquidación y pago de los demás derechos de origen laboral.

Aduce que si por alguna razón el trabajador debe laborar en estas fechas en que por disposición legal tiene derecho a descansar, su empleador está en la obligación de remunerar y compensar de manera especial ese trabajo.

Señala que el pago de los salarios para los empleados públicos del Sector Defensa como el demandante, se regula por las normas generales en desarrollo de lo previsto por la Ley 4 de 1992 y normas que en forma periódica la desarrollan. Aduce que igualmente que el Decreto 2701 de 1988 no establece, ordena o regula aspectos relacionados con el salario de los Empleados Públicos a que se refiere; únicamente, establece aspectos que tienen que ver con el régimen prestacional.

Indica que en ninguno de los apartes del Decreto 2701 de 1988 se indica que para la liquidación de prestaciones o de otros derechos devengados por el trabajador como las vacaciones, se excluyen los salarios percibidos por su trabajo en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; tampoco ordena que se excluyan las sumas que en forma periódica y habitual recibe como retribución por su trabajo, las cuales son, precisamente las causadas por su trabajo nocturno o en días de descanso obligatorio. La interpretación de dicha disposición debe entenderse en relación con el tema especial que está regulando, nunca como medio de reforma o derogatoria de una norma de mayor jerarquía como lo es el Decreto Ley 1042 de 1978.

4. Contestación de la demanda⁹

Mediante escrito allegado el 1º de octubre de 2019, la entidad procedió a contestar la demanda manifestando su oposición a algunos de los hechos y a las pretensiones de la demanda.

Asegura que el Decreto Ley 2701 de 1988, es una norma especial que consagró la retroactividad del auxilio de cesantía y los factores de salario que debían tenerse en cuenta para hallar el ingreso base de liquidación de las prestaciones de los trabajadores de la entidad y, precisamente, esas disposiciones fueron atendidas por el Hospital, en consecuencia, al establecer la forma de determinar y hallar el ingreso base de liquidación prestacional, se tiene que no le asiste derecho a el demandante para que se reliquiden los conceptos solicitados en la demanda, toda vez que el legislador al dictar el decreto en mención no los tuvo en cuenta por la misma especialidad de la prestación.

Señala que 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 1978, precepto que determina que la asignación mensual corresponde a ese período de tiempo. Así mismo, que los días domingos y festivos tiene el carácter

⁹ Fólios 156 a 163

de ser días de descanso obligatorio, por lo tanto, la remuneración surge si se presta efectivamente el servicio.

Igualmente, aduce que el Decreto Ley 1042 de 1978 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 prevista y trasladarla a la jornada ordinaria legal.

Manifiesta que 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.

Finalmente, concluye que no existe fundamento para decretar la nulidad de los actos administrativos demandados y, por ende, que no se presenta argumento alguno para tener como factor salarial las horas extras, recargos nocturno y trabajo en dominicales y festivos, ello aunado al hecho que ese factor de salario no lo establece el Decreto Ley 2701 de 1988, entonces, no existe fundamento para solicitar ese beneficio salarial y mucho menos a partir del 1º de enero de 2013, 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.

5. Alegatos de conclusión¹⁰

Por medio de auto del **20 de octubre de 2022**, se corrió traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público Delegado ante este Despacho para que presentaran sus alegatos de conclusión y concepto, respectivamente.

5.1. Parte Accionante¹¹

Mediante memorial presentado el 24 de octubre de 2022, la apoderada de la parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

5.2. Parte Demandada

Mediante memorial presentado el 21 de octubre de 2022, la apoderada de la parte accionada, presentó escrito de alegatos de conclusión, a través del cual reiteró los argumentos señalados en la contestación de la demanda.

5.3. Ministerio Público

El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

¹⁰ Folio 315

¹¹ Folios 320 a 322

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Conforme a lo indicado en la fijación del litigio, el problema jurídico se contrae a definir si es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, y si como consecuencia de ello, el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de recargos por horas extras y trabajo suplementario, desde el 1º de enero de 2013, así como a la reliquidación de prestaciones sociales y aportes a la seguridad social, y a la indexación a que haya lugar.

2. Marco legal y jurisprudencial

2.1 Naturaleza jurídica del Hospital Militar

El Hospital militar fue creado a través del Decreto 2775 de 1959 como un establecimiento público autónomo con patrimonio propio y personería jurídica.

Posteriormente, el Decreto 2701 de 1988¹² estableció que los empleados públicos y trabajadores oficiales de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional se regirían por este decreto y por ende, no les sería aplicables las normas que rigen para los empleados públicos y trabajadores oficiales del Ministerio de Defensa Nacional (artículo 1).

Asimismo, dispuso respecto a la jornada de trabajo, que *“Los empleados públicos y trabajadores oficiales deben prestar sus servicios dentro de la jornada reglamentaria de la respectiva entidad”* (artículo 6), y que el régimen de remuneraciones sería el determinado por las disposiciones vigentes (artículo 7).

El Decreto 1301 de 1994, a través del cual se organizó el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, señaló que el Hospital Militar tendría el carácter de Instituto de Salud de las Fuerzas Militares adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, pero conservaría su naturaleza de establecimiento público del orden nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio (artículo 35), y que tanto los empleados públicos como los trabajadores oficiales, para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, horas extras y subsidios, se regirían por *“las normas legales que para esta clase de servidores establezca el Gobierno Nacional”* (artículo 88), mientras que su régimen prestacional sería el previsto en el Decreto 2701 de 1988 (artículo 89).

El anterior decreto fue derogado por la Ley 352 de 1997¹³, que en su artículo 53 dispuso la supresión y liquidación de los establecimientos públicos del sistema de salud (Instituto de Salud de las Fuerzas Militares e Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional), sin embargo mantuvo la naturaleza jurídica del

¹² *“Por el cual se reforma el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional.”*

¹³ *“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” ,*

Hospital Militar como integrante del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, al señalar *“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”* (artículo 40).

Dicha norma en su artículo 46 estableció que *“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.”*

Por su parte, a través del Decreto 02 de 1998 se probó el Acuerdo No. 006 de 1997 emanado de la Junta Directiva del Hospital Militar Central mediante el cual se adoptó los Estatutos del Hospital, y se indicó respecto del régimen salarial que *“Los empleados públicos 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”* (artículo 23), reiterando así lo dispuesto por la Ley 352 de 1997.

Finalmente, el Decreto 1795 de 2000, por el cual se estructuró el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, mantuvo la naturaleza jurídica del Hospital Militar Central como establecimiento público adscrito al Ministerio de Defensa Nacional (artículo 47), sin embargo, no modificó el régimen de personal previsto en la Ley 352/97.

2.2. Régimen Salarial y Prestacional.

En materia del régimen de personal, la Ley 352 de 1997 en su artículo 46 estableció que: *“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”*. (Destacado fuera del texto original).

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que la Ley 352 de 1997 facultó al Gobierno Nacional para dictar las disposiciones especiales relativas al régimen de primas, bonificaciones, viáticos, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos de los empleados del Hospital Militar Central, sin embargo, dicha reglamentación no ha sido expedida, razón por la cual ante el vacío normativo, debe acudir a las normas generales que regulan esta materia, esto es, al Decreto 1042 de 1978¹⁴.

Sobre el particular, la Jurisprudencia del Máximo Órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Sección 2ª, Subsección A, Sentencia de 19 de abril de 2012, Rad. 08001-23-31-000-2002-01064-01(0889-10), de la cual fue ponente el Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, señala:

“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

¹⁴ *“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”*.

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.

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación manifestó mediante concepto del 9 de marzo de 2000, M.P. Dr. Flavio Rodríguez Arce, lo siguiente:

“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 el 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, el 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”

En ese orden de ideas, el Presidente de la República expidió el Decreto 02 de 1998, mediante el cual se aprobó el Acuerdo No 6 de la junta directiva del Hospital Militar, en el cual se adoptaron sus propios estatutos y en su artículo 23, frente al régimen salarial de sus empleados, consagró que les serán aplicables las disposiciones que establezca el Gobierno Nacional y como ya se ha expuesto, el Gobierno no ha expedido tales normas, por tanto debe acudirse a las normas generales que regulan la materia, tales como las contenidas en el Decreto 1042 de 1978 aplicable a los empleos del sector central y descentralizado del orden nacional.”

En ese sentido no hay duda entonces, que en materia salarial debe acudirse al Decreto 1042 de 1978, porque no ha sido expedido el régimen especial.

Dicha norma en su artículo 33 prevé la jornada de trabajo señalando que corresponderá a 44 horas semanales, sin embargo, para aquellos empleos que desarrollen “*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*”.

En relación con el personal que presta el servicio por el sistema de turnos y que en razón a la naturaleza de su trabajo deben laborar habitualmente los días dominicales y festivos, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, dispuso:

“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 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” (Destacado fuera del texto original).

De las previsiones del artículo citado, se deriva una regla jurídica consistente en que el reconocimiento del trabajo que se cumpla “ordinariamente” en dominicales y festivos comprende el doble del valor de un día de trabajo por

cada dominical o festivo y adicionalmente, el disfrute de un día de descanso compensatorio, y además, que dicha contraprestación, se entiende involucrada en la asignación mensual.

Al respecto, la máxima autoridad de lo Contencioso Administrativo, concluyó:

*“Respecto del TRABAJO EN DÍAS DE DESCANSO OBLIGATORIO, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 reguló el asunto. De las normas se infiere 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. Así, cuándo la norma define 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. El artículo 39 señala que el trabajo ordinario en días dominicales y festivos corresponde a los empleados públicos que en razón de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los dominicales o festivos.***

De manera que considera la Sala necesario precisar los conceptos relativos a “ordinario o habitual”: En el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española significa habitual lo que “(...) se hace, padece o posee con continuidad o por hábito.” Para que se diga que existe una “habitualidad” en la prestación del servicio en días domingos y festivos, no necesariamente debe comprobarse que la labor fuera ejercida durante estos días del mes, basta que quien presta el servicio bajo la modalidad de “turnos” tenga la certeza de cuales domingos y festivos del mes debe trabajar. (Resalta la Sala) Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 17 de abril de 2008.” Mp. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Exp. 2003-00041.”¹⁵

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado, en un caso en el que analizó la reliquidación de la pensión de un empleado del Hospital Militar, precisó que las pensiones de quienes se rijan por el Decreto 2701/88, deben liquidarse con los factores que taxativamente señala la norma, verbi gracia, en sentencia de 21 de noviembre de 2011, Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01752-01 (2233-10), CP. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, providencia en la que se indicó:

“Conforme con lo anterior, la Sala respalda el criterio del Tribunal en el sentido de que el Decreto 2701 de 29 de diciembre de 1988, determina con claridad los factores que se han de tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, sin que dentro de ellos se mencionen los recargos por trabajo extra diurno o nocturno, dominicales y festivos.

Al respecto, esta Corporación se ha pronunciado en varias oportunidades en casos similares, señalando que el monto de la pensión aplicable al régimen de transición conlleva no sólo el porcentaje previsto en las normas anteriores, sino también los factores contemplados en las mismas, máxime si se trata de regímenes pensionales especiales que se caracterizan por contemplar expresamente los factores sobre los cuales se debe constituir el ingreso base para liquidar la pensión.

(...)

De acuerdo con las anteriores precisiones, se concluye que a los servidores públicos del Hospital Militar Central se les debe incluir como factores para la pensión de jubilación únicamente los enlistados en el artículo 53 del Decreto 2701 de 1988 pues, además, así lo indica expresamente el artículo 44 ídem y, por tanto, no hay lugar a

¹⁵ La anterior posición fue reiterada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de abril de 2009. MP. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, ya citada.

considerar conceptos salariales adicionales como las horas extras, dominicales y festivos ni recargos nocturnos, como pretende la actora.”

2.3. Jornada de Trabajo de los empleados públicos

En desarrollo del principio de la dignidad humana que permea el ejercicio del trabajo, se tiene por establecido legalmente la existencia de una jornada laboral que refiere el tiempo ordinario que un trabajador tiene como obligación dedicar a las funciones que le han sido encargadas para así a cambio recibir su salario.

Es el caso de los empleados públicos del nivel nacional, que cuentan con una reglamentación específica sobre la materia que constituye un punto de referencia que debe ajustarse a las funciones que se desempeñan en cada entidad pública, para precaver abusos y garantizar siempre la remuneración del tiempo que supere la Jornada Ordinaria prestablecida, los Arts. 33 a 35 del Decreto 1042 de 1978 establecen:

“ARTÍCULO 33. De la jornada de trabajo. Modificado por el Artículo 1 del Decreto 85 de 1986. Modificado por el Artículo 3 del Decreto 85 de 1986. 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.

ARTÍCULO 34. De la jornada ordinaria nocturna. Se entiende por jornada ordinaria nocturna la que de manera habitual empieza y termina entre las 6 p.m. y las 6 a.m., del día siguiente.

Sin perjuicio de los que dispongan normas especiales para quienes trabajan por el sistema de turnos, los empleados que ordinaria o permanentemente deban trabajar en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual.

No cumplen jornada nocturna los funcionarios que después de las 6 p.m., completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo.

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.

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.
”16

Como se observa, se tiene como regla general y por establecida una jornada ordinaria de cuarenta y cuatro (44) horas semanales, lo que equivale a ciento noventa (190) horas mensuales. Igualmente, para el caso de las funciones discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, la jornada máxima establecida es de sesenta y seis (66) horas semanales.

Se destaca también de la reglamentación citada que el sábado, no se considera para efectos de remuneración adicional, siempre y cuando el trabajo realizado sea dentro de la jornada ordinaria.

Además se precisa, jornada laboral ordinaria nocturna, comprendida entre las 6pm y las 6am, debe revisarse en cada caso, pues pese a ser ordinaria dispone de un recargo aplicable directamente a la remuneración de un treinta y cinco por ciento (35%).

También previó el legislador la jornada mixta por el sistema de turnos, estableciendo que las horas que el empleado deba realizar sus funciones en las noches tendrán el recargo antes mencionado.

Se destaca que, para el personal de la salud, la Ley 269 de 1996 estableció como jornada máxima de trabajo para el personal asistencial la de sesenta y seis (66) horas, pero se destaca que es el límite que aplica para aquellos servidores que cuentan con más de un trabajo en el sector salud, como excepción a la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución de 1991.

Así entonces debe precisarse que para el personal de la salud, aplican por regla general las normas anteriormente citadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 2 del Decreto 1919 de 2002, que establecen que los empleados vinculados a las Empresas Sociales del Estado se les aplica el régimen prestacional de empleados públicos del orden nacional.

Esa reglamentación contribuye para establecer, el punto de partida de la jornada adicional o suplementaria y así determinar su incidencia en el salario, teniendo en cuenta que el empleado puede trabajar horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas en ambas modalidades.

2.4. Reconocimiento de horas extras para los empleados públicos.

Es indiscutible que no todas las entidades públicas realizan funciones que le permiten mantener un horario ordinario, pues por razón del objeto social que desarrollan, de las políticas gubernamentales que adelantan y de los programas distritales, departamentales o nacionales que administran, deben cumplir diversos horarios, incluso funcionar las 24 horas del día, lo que implica tener empleados que realicen turnos diversos y que suplan cierto cargo durante los tiempos de atención.

¹⁶ D. 1042/1978, arts. 33 a 35. Texto legal citado de la página web <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=66581>.

Es por ello, que era necesario establecer una jornada de trabajo distinta a la usual obviamente, sin desconocer los derechos laborales y el ejercicio del empleo en condiciones dignas, por lo cual los artículos 34 y 35 del Decreto en comento contemplaron la manera como se remuneraban los turnos, se establecían los tiempos compensatorios y descansos e igualmente se señaló como admisible una jornada ordinaria nocturna de 12 horas entre 6pm a 6am con un recargo del 35% sobre el salario básico, sin embargo la interpretación de esa norma requiere determinar el tipo de función del empleado respectivo, porque no a todos se les aplica la jornada de sesenta y seis (66) horas, sino aquellos empleados que ejercen las funciones de discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, como quedó precisado en precedencia.

Lo que significa que no resulta extraño que a esta jurisdicción concurren personas que afirman haber trabajado más tiempos de lo legal, que son 44 horas semanales como se ha venido diciendo o las 12 horas de jornada ordinaria nocturna a que se hizo referencia, con el recargo fijo que ello supone, y que dicho trabajo en exceso sea habitual, a tal punto que implique una remuneración adicional a la legalmente establecida para el cargo.

Esto pone en evidencia que el salario en el sector público, pese a la relación legal que vincula al servidor público con el Estado, puede ser variable y esas condiciones dependen de la actividad desempeñada dentro de la entidad, por ello el Decreto en comento, contempló el reconocimiento y pago de horas extras, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 36. De las horas extras diurnas. (Modificado por los Decretos anuales salariales). Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes este hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.

El pago de horas extras o el reconocimiento del descanso compensatorio se sujetarán a los siguientes requisitos:

a) Modificado tácitamente por el Artículo 12 del Decreto 660 de 2002. Modificado por el Artículo 13 Decreto Ley 10 de 1989. Modificado por el Artículo 9 Decreto 50 de 1981. El empleo o del funcionario que va a trabajarlas deberá tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos.

b) El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.

c) El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del veinticinco por ciento sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

d) Modificado por el Literal b del Artículo 13 del Decreto 10 de 1989. Modificado tácitamente por el Artículo 12 del Decreto 660 de 2002. (Modificado por los Decretos anuales salariales). En ningún caso podrán pagarse más de 40 horas extras mensuales.

e) Si el tiempo laboral fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo.

ARTÍCULO 37. De las horas extras nocturnas. Se entiende por trabajo extra nocturno el que se ejecuta excepcionalmente entre las 6 p.m. y las 6 a.m., del día siguiente por funcionarios que de ordinario laboran en jornada diurna.

Este trabajo se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento sobre la asignación básica mensual.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

En todos los demás aspectos el trabajo extra nocturno se regulará por lo dispuesto en el artículo anterior.”¹⁷

“Artículo 13. Para efectos del pago de horas extras, de dominicales y festivos o del reconocimiento del descanso compensatorio, los literales a. y d. del artículo 36 del Decreto-ley 1042 de 1978; y el literal a. del artículo 40 del mismo Decreto, quedarán así:

a. El empleo deberá pertenecer al Nivel Operativo, hasta el grado 17 del Nivel Administrativo y hasta el grado 09 del Nivel Técnico.

b. En ningún caso podrá pagarse más de cincuenta (50) horas extras mensuales.”¹⁸

Sobre el particular, los múltiples Decretos reglamentarios nacionales del salario particularmente, los Decretos 853 de 2012 y 304 de 2020, hacen referencia a la manera como se reconocerán las horas extras, tomando como base el Decreto citado, pero precisando en el año 2012, lo siguiente:

“Artículo 14°. HORAS EXTRAS, DOMINICALES Y FESTIVOS. 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 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.

Los Secretarios Ejecutivos del despacho de los Ministros, Viceministros, Directores y Subdirectores de Departamento Administrativo y los Secretarios Ejecutivos de Grado 20 en adelante que desempeñen sus funciones en los Despachos de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, Viceministros y Subdirectores de Departamento Administrativo, Secretarías Generales de Ministerios y Departamento Administrativo, tendrán derecho a devengar horas extras, dominicales y días festivos, siempre y cuando laboren en jornadas superiores a cuarenta y cuatro (44) horas semanales.

En los Despachos antes señalados sólo se podrán reconocer horas extras máximo a dos (2) Secretarios a los que se refiere el inciso anterior.

PARÁGRAFO 1. Los empleados públicos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación que tengan la obligación de participar en trabajos ordenados para la preparación y elaboración del presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones, su liquidación y demás labores anexas al cierre e iniciación de cada vigencia fiscal, podrán devengar horas extras, dominicales y festivos, siempre y cuando estén comprendidos en los niveles

¹⁷ D. 1042/1978, arts. 36 a 37. Texto legal citado de la página web <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=66581>.

¹⁸ D. 10/1989, art.13 modifíco D. 1042/1978. Texto legal citado de la página web <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1002563>.

asistencial, técnico y profesional. En ningún caso podrá pagarse mensualmente por el total de horas extras, dominicales y festivos más del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración mensual de cada funcionario.

PARÁGRAFO 2. El límite para el pago de horas extras mensuales a los empleados públicos que desempeñen el cargo de Conductor Mecánico en las entidades a que se refiere el presente decreto, será de cien (100) horas extras mensuales.

En todo caso la autorización para laborar en horas extras sólo podrá otorgarse cuando exista disponibilidad presupuestal.”¹⁹

La norma citada, es similar a la de los demás decretos reglamentarios que le siguieron, destacándose como aspectos relevantes que el reconocimiento de las horas extras, es máximo hasta 50 horas, que dicho reconocimiento se dirige a los niveles técnico y asistencial, con las precisiones de que cargos del nivel administrativo se ven beneficiados con dicha disposición, que además debe contarse con autorización previa y contar con disposición presupuestal.

Frente a los requisitos para el reconocimiento y liquidación de las horas extras, tanto diurnas como nocturnas el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

“Jornada Extraordinaria.

60. Se denomina así a la jornada que excede la 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.

61. 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.

62. Para su reconocimiento y pago deben cumplirse los siguientes requisitos.

I) Que el empleado pertenezca a los niveles técnico - asistencial hasta los grados 09 y 19, respectivamente.

II) Que el trabajo suplementario sea autorizado previamente mediante comunicación escrita.

III) Su remuneración se hará: con un recargo del 25% si se trata de trabajo extra diurno o con un recargo del 75% cuando se trate de horas extras nocturnas.

IV) No se puede pagar en dinero más de 50 horas extras mensuales.

V) 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.

VI) Si el empleado se encuentra en comisión de servicios, y trabaja horas extras, igualmente tendrá derecho a su reconocimiento y pago.

VII) Son factor de salario para la liquidación de cesantías y pensiones.”²⁰

¹⁹ D. 853/2012, art. 14, norma citada de la página web <http://www.sp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2012/Documents/Abril/25/dec85325042012.pdf>

²⁰ C.E. Sec. Segunda, Sent. Sept. 27/2018, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, exp. 66001-23-31-000-2014-00078-01(2894-15).

2.5. Reconocimiento de compensatorios por trabajo en dominicales y festivos.

Respecto a la remuneración de los dominicales y festivos, el Decreto 1042 de 1978 diferencia si la prestación del servicio del servidor es habitual u ocasional. Particularmente, los artículos 39 y 40 establecen:

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

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

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

ARTÍCULO 40. Del trabajo ocasional en días dominicales y festivos. *(Modificado por los Decretos anuales salariales) 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) (Modificado por los Decretos anuales salariales) Modificado tácitamente por el Artículo 12 del Decreto 660 de 2002. 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.”²¹

Por su parte, el Decreto 660 de 2002, al respecto indicó lo siguiente:

²¹ D. 1042/1978, arts. 39 a 40. Texto legal citado de la página web <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=66581>.

“Artículo 12. Horas extras, dominicales y festivos. 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 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.

Los Secretarios Ejecutivos del despacho de los Ministros, Viceministros, Directores y Subdirectores de Departamento Administrativo y los Secretarios Ejecutivos de Grado 20 en adelante que desempeñen sus funciones en los Despachos de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, Viceministros y Subdirectores de Departamento Administrativo, Secretarías Generales de Ministerios y Departamento Administrativo, tendrán derecho a devengar horas extras, dominicales y días festivos, siempre y cuando laboren en jornadas superiores a cuarenta y cuatro (44) horas semanales.

En los Despachos antes señalados sólo se podrán reconocer horas extras máximo a dos (2) Secretarios a las que se refiere el inciso anterior.

Parágrafo 1º. *Los empleados públicos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación que tengan la obligación de participar en trabajos ordenados para la preparación y elaboración del presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones, su liquidación y demás labores anexas al cierre e iniciación de cada vigencia fiscal, podrán devengar horas extras, dominicales y festivos, siempre y cuando estén comprendidos en los niveles asistencial, técnico y profesional. En ningún caso podrá pagarse mensualmente por el total de horas extras, dominicales y festivos más del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración mensual de cada funcionario.*

Parágrafo 2º. *Amplíese el límite para el pago de horas extras mensuales a los empleados públicos que desempeñen el cargo de Conductor Mecánico en las entidades a que se refiere el presente decreto, a ochenta (80) horas extras mensuales.*

En todo caso la autorización para laborar en horas extras sólo podrá otorgarse cuando exista disponibilidad presupuestal.”²²

Como se desprende la norma citada, cuando se trata de una jornada habitual que incorpore dominicales y festivos, la remuneración de éstos es el doble de cada día de trabajo, más el disfrute de un compensatorio y para el caso del trabajo ocasional, se aplica la misma particularidad de los niveles y grados del cargo (técnico y asistencial) y contar con la autorización previa del jefe del organismo.

En cuanto a la retribución de los compensatorios, se tiene que de conformidad con el artículo 36 literal e) del Decreto 1042 de 1978, se reconoce por cada ocho (8) horas extras de trabajo, y según el artículo 39 ibidem, se reconoce por cada dominical o festivo laborado, a lo que se añade que el artículo 40 literal e) ejusdem, prevé la opción de reconocerlo en dinero por el valor de un día de trabajo.

Sobre la habitualidad de los dominicales y festivos, en el sistema de turnos, el Consejo de Estado, ha indicado lo siguiente:

²² D. 660/2002, art. 12. Texto legal citado de la página web <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1904342>

“103. Ciertamente al tenor del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deben laborar habitual o permanentemente los domingos y festivos tienen derecho, además de la remuneración allí prevista, al **disfrute de un día compensatorio**, sin perjuicio de la remuneración ordinaria por haber laborado el mes completo.

104. En el presente asunto quedó demostrado que el actor laboró en forma habitual y permanente en domingos y festivos en razón a la jornada que debía atender.

105. En la sentencia impugnada, el Tribunal accedió el reconocimiento del descanso compensatorio por trabajo en dominicales y festivos.

106. La Sala revocará la anterior decisión justamente porque en consideración a la jornada desarrollada por el actor, por cada turno de 24 horas laboradas gozaba de un descanso de 24 horas lo cual equivale a un día de descanso compensatorio, con lo cual se satisface el contenido del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, que consagra el derecho a disfrutar un día de descanso compensatorio (cuya duración mínima debe ser de 24 horas) por trabajo habitual en domingos y festivos, es decir, en cuanto al descanso compensatorio, concluye la Sala que éste si fue consagrado en el sistema de turnos.

107. En este sentido, la Sala en sentencia de 2 de abril de 2009²³, expresó lo siguiente:

«Advierte la Sala que el descanso compensatorio surge del trabajo realizado en días que no son hábiles y como quedó demostrado en el plenario que los actores laboraban 24 horas pero descansaba otras 24, no hay lugar a reconocimiento del descanso remuneratorio”. (Subraya la Sala).

Así pues, en criterio de la Sala, las 24 horas de descanso por cada turno de 24 horas laboradas, otorgadas por la administración al actor, garantizaban plenamente su derecho fundamental al descanso, el cual sin lugar a dudas, resultaba necesario para permitirle “recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña, proteger su salud física y mental, el desarrollo de la labor con mayor eficiencia, y la posibilidad de atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona»²⁴.

108. La anterior situación, torna improcedente el reconocimiento de los compensatorios por trabajo en dominicales y festivos, pues en criterio de la Sala, los mismos fueron disfrutados por el actor dada la jornada especial que desempeñó al laborar 24 horas diarias y descansar 24; proceder al reconocimiento de los compensatorios solicitados implicaría otorgar unos descansos adicionales que exceden los autorizados por la ley.²⁵

La sentencia en cita, reitera la línea jurisprudencial de la Corporación y señala que con base en las pruebas de cada proceso estudiado por la Alta Corporación, se encontró estaba probado que en efecto se garantizaron los compensatorios pese a que el demandante prestaba sus servicios en turnos de veinticuatro (24) horas de trabajo por veinticuatro (24) horas de descanso, por lo que no había lugar al reconocimiento en este sentido atendiendo cada caso en particular.

²³ Sentencia de 2 de abril de 2009. Sección Segunda. Subsección B. C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05). Actor: Jose Dadner Rangel Hoyos y otros. Demandado: Municipio de Pereira.

²⁴ Sentencia C-710 de 1996. Corte Constitucional.

²⁵ C.E. Sec. Segunda, Sent. Sept. 27/2018, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, exp. 66001-23-31-000-2014-00078-01(2894-15). La cita precedente proviene del texto jurisprudencial citado. La cita precedente proviene del texto jurisprudencial citado.

3. Caso Concreto

En el caso sub examine se tiene que el señor **Luis Alejandro González Farías**, ha prestado sus servicios para la Hospital Militar Central, desde el 1° de noviembre de 1986 a la actualidad, siendo su último cargo el de Auxiliar de Servicios 6-1 29²⁶ y su jornada laboral la desempeñaba por el sistema de turnos de acuerdo con la programación que mes a mes era determinada por dicha entidad.

Para resolver los cargos de nulidad planteados debe indicarse que obra en el expediente una relación de turnos prestados por el accionante desde enero del 2013 y hasta julio del 2019²⁷, de la que se desprende una programación que no refiere una prestación de servicio que supere las 190 horas mensuales reglamentarias atendiendo la jornada laboral regulada en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.

En segundo término, se destaca de manera general que el accionante prestaba sus servicios de forma habitual dominicales y festivos y en cuanto a los turnos, los mismos eran por un máximo de doce (12) horas, adicionalmente gozaba de días compensatorios, además la remuneración reconocida da cuenta de que le eran pagados tanto los recargos como los dominicales y festivos²⁸.

Luego con la información acreditada en el expediente procede el Despacho a resolver las pretensiones de la demanda, abordando los temas de la siguiente manera: (i) recargos nocturnos ordinarios (ii) horas extras diurnas y nocturnas y (iii) recargos dominicales y festivos.

3.1. Recargos nocturnos ordinarios

De conformidad con el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, por la habitualidad de la prestación del servicio, la parte demandante tiene derecho a que se le remunere el 35% adicional por las horas laboradas en jornada nocturna.

En torno a la liquidación de estos recargos, ya se encuentra establecido que la jornada máxima laboral mensual es de 190 horas, por lo tanto, el común denominador de la fórmula debe ser ese valor:

$$\frac{VRN: S \times 35\% \times N.HRN}{190 \text{ horas}}$$

En donde:

VRN: Valor de Recargos Nocturnos

S: Salario

N.HRN: Número de Horas con Recargo Nocturno

Revisada la certificación expedida 8 de agosto de 2019²⁹, advierte el Despacho que dicha prestación fue liquidada utilizando como denominador 240 horas, tal y como

²⁶ Folio 63

²⁷ Folios 170 a 177

²⁸ Folios 65 a 70 y 170 a 177

²⁹ Folios 170 a 177

se desprende de los valores allí pagados. Por ejemplo, de acuerdo con la aludida certificación se escogen al azar algunos pagos que se enuncian a continuación:

AÑO	MES	SALARIO ³⁰	CANTIDAD DE HORAS LABORADAS	RECARGO 35% LIQUIDADO CON 240 HORAS PAGADO
2015	AGOSTO	\$ 1.253.616	130	\$ 237.665
2016	AGOSTO	\$ 1.351.022	140	\$ 275.834
2017	AGOSTO	\$ 1.442.216	160	\$ 336.517
2018	AGOSTO	\$ 1.515.625	100	\$ 221.029

De lo anterior se colige que le asiste razón a la parte demandante, pues sus recargos nocturnos han sido liquidados indebidamente, ya que si se aplica la fórmula anteriormente señalada, se concluye que la entidad tomó una jornada mensual de 240 horas, lo que es improcedente conforme con lo expuesto, por lo que es menester que se reliquiden correctamente. En consecuencia se accederá a esta pretensión.

3.2. Horas extras diurnas y nocturnas

Conforme con el Decreto 1042 de 1978, en los artículos 36 y 37 como se citó en precedencia, se reconoce este tipo de remuneración a quien labora más allá de la jornada ordinaria, tanto horas diurnas como nocturnas y se reconoce hasta un límite de 50 horas conforme con el artículo 13 del Decreto 10 de 1989 y el Decreto 304 de 2019, normas que establecieron un límite para el reconocimiento de dichos emolumentos, pues debe tratar de servidores que pertenezcan al Nivel Técnico grado 9 y Nivel Asistencial Grado 19.

Es importante anotar, que de acuerdo con la norma aplicable operan los descansos compensatorios, por cada ocho horas que excedan del límite señalado.

Precisado lo anterior se tiene que en el caso, no está probado que la accionante haya superado la jornada de 190 horas mensuales, para que amerite un reconocimiento de horas extras, por lo que esta pretensión, no se encuentra llamada a prosperar.

3.3. Recargos Dominicales y festivos

En este caso como se observó en precedencia, eran escasos los dominicales y festivos laborados, sin embargo, la certificación de emolumentos aportada da cuenta que siempre se reconocieron a favor de la parte demandante estos conceptos, por lo que debe verificarse si se liquidaron correctamente.

Para el efecto debe decirse que los recargos dominicales y festivos, se liquidan de la siguiente manera:

$$\underline{\underline{VRDF: S X 100\% X N. HRDF}} \\ \underline{\underline{190 horas}}$$

³⁰ Folios 65 a 70

VRDF: Valor de Recargos Dominicales y Festivos

S: Salario

N.HRDF: Número de Horas con Recargo Dominicales y Festivos

Revisada la certificación expedida 8 de agosto de 2019³¹, advierte el Despacho que dicha prestación fue liquidada utilizando como denominador 240 horas, como ocurrió con los recargos nocturnos, para lo cual se toman al azar los pagos por este concepto, así:

AÑO	MES	SALARIO ³²	RECARGO 100% LIQUIDADO CON 190 HORAS	RECARGO 100% LIQUIDADO CON 240 HORAS PAGADO	HORAS LABORADAS	DIFERENCIA
2015	SEPTIEMBRE	\$ 1.253.616	\$ 227.630	\$ 360.415	34,5	-\$ 132.785
2016	SEPTIEMBRE	\$ 1.351.022	\$ 199.098	\$ 315.238	28	-\$ 116.140
2017	SEPTIEMBRE	\$ 1.442.216	\$ 273.262	\$ 432.665	36	-\$ 159.403
2018	SEPTIEMBRE	\$ 1.515.625	\$ 275.205	\$ 435.742	34,5	-\$ 160.537

Del anterior ejercicio se desprende que si bien es cierto, la entidad demandada aplicó como jornada máxima laboral 240 horas, generó un mayor valor pagado que lo que encontró el Despacho, lo cual se explica, por el hecho de que a cada hora dominical o festiva laborada, se aplicó un recargo del 200%, cuando estudiado el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, se tiene que el dominical o festivo se remunera al doble del valor del día trabajado lo que significa, que si el salario ordinario devengado cubre el dominical porque se remunera treinta (30) días de servicio, el recargo realmente es del 100%, es decir, se cancela nuevamente el dominical por el hecho de haberlo trabajado, pero reconocerlo al 200%, es reconocerlo tres veces alejándose de la regulación aludida.

Por lo tanto, como quiera que las diferencias son negativas, no se ordenará la reliquidación y tampoco se impondrá al demandante la obligación de devolver los dineros pagados de más, por no ser este el escenario para hacer tal pronunciamiento.

3.4. Descansos Compensatorios

Si bien es cierto que dentro de las pretensiones no se hace referencia puntual sobre este ítem, debe tenerse en cuenta que se reclaman la totalidad de los salarios que se debieron percibir por concepto de trabajo extraordinario y en días de descanso obligatorio (domingos y festivos), así pues, se advierte que el demandante desempeña el empleo de Auxiliar de Servicios 6-1 29 y como la entidad demandada es una Institución Prestadora de Salud, es claro que presta sus servicios las veinticuatro (24) horas del día, los siete (7) días de la semana y para ello debe contar con el personal necesario para que preste sus servicios por el sistema de turnos.

Precisado esto se tiene entonces, que de conformidad con los artículos 35 y 39 del Decreto 1042 de 1978, el demandante labora en el sistema de turnos, que ordinariamente implica prestar sus servicios en horarios nocturnos, dominicales y

³¹ Folios 170 a 177

³² Folios 65 a 70

festivos, resaltando que con ocasión a estos últimos debe reconocerse además del doble del día de trabajo, un día compensatorio pero precisando el mencionado artículo 39 que la remuneración se encuentra incluida en el salario.

Luego la realidad en la que se presta el servicio pone en evidencia, que el demandante no trabaja más allá de las 190 horas mensuales reglamentarias, por lo que no hay lugar al reconocimiento de días compensatorios adicionales a los que en efecto ya ha recibido.

Por lo tanto, en respecto de esta petición las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

3.5. Reliquidación de las prestaciones sociales

De acuerdo con el artículo 45 literales c) y l) del Decreto 1045 de 1978, los recargos dominicales y festivos como los recargos ordinarios nocturnos, se toman en consideración para liquidar los **auxilios de cesantía y los aportes pensionales**, por lo tanto, como quiera que se encontraron diferencias en los pagos de los **recargos nocturnos** deberá reliquidarse esta prestación social y el aporte pensional.

Las demás prestaciones sociales no son susceptibles de ser reliquidadas pues no incluyen los aludidos recargos para su cálculo conforme con la normatividad referida.

4. Prescripción

En el presente caso se tiene que la demandante presentó la solicitud de reliquidación de los recargos y sus pretensiones el **17 de abril de 2018**³³ y la demanda fue radicada el 19 de marzo de 2019³⁴, lo que significa que en aplicación de los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, opera la prescripción trienal y por lo tanto, el reconocimiento que se efectuó de la reliquidación de los recargos nocturnos y dominicales y festivos, así como auxilios de cesantías, a que tenga derecho la accionante tendrá efectividad a partir del **17 de abril de 2015**, pues el reconocimiento causado con anterioridad se encuentra prescrito.

Se precisa que no debe limitarse el pago de los aportes a pensión acudiendo a la prescripción trienal, en la medida que el Consejo de Estado ha señalado que estas cotizaciones no están sujetas a dicho fenómeno³⁵. Tesis que guarda concordancia con la pregonada por la Corte Suprema de Justicia en donde ha sostenido que *“mientras el derecho pensional esté en formación, la acción para reclamar los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, no está sometida a prescripción”*³⁶

3.7. Condena

De conformidad con lo expuesto, se declarará la nulidad de los actos administrativos acusados y, en consecuencia, la entidad demandada deberá

³³ Folios 35 a 44

³⁴ Folio 132

³⁵ 6 C.E. Sec. Segunda. Sent. 08001233300020140086001, jun. 10/2021. M.P. William Hernández Gómez.

³⁶ CSJ. Cas. Laboral. Sent. Mar. 14/2018. Rad. 33330. M.P. Rigoberto Echeverri Bueno

reliquidar los recargos nocturnos del demandante, atendiendo las fórmulas señaladas en precedencia a partir del **17 de abril de 2015** y en adelante, reconociendo las diferencias que por este concepto haya lugar. Igualmente se reconocerán las diferencias de los auxilios de cesantías y se ordenará la consignación de las diferencias que arrojen los aportes pensionales, estos últimos por todo el tiempo deprecado.

Para los fines de la condena pecuniaria en cumplimiento de lo señalado en el artículo 187 del C.P.A.C.A., las sumas de dinero a reconocer, serán objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron cada una de las sumas adeudadas.

4. De las costas

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en la medida que no se observó una conducta dilatoria o de mala fe. Además porque no se encuentran demostradas en los términos del artículo 365 del C.G.P.

Bajo las consideraciones que anteceden, el Juzgado Veintiocho Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

F A L L A:

PRIMERO: **DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL** de los Oficios Nos. E-00022-2018004601 del 25 de mayo de 2018 y E-00022-2018007396 del 21 de agosto de 2018, expedidos por la entidad demandada y conforme con lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: **Condenar al HOSPITAL MILITAR CENTRAL a:**

- a) **RELIQUIDAR** los recargos nocturnos ordinarios reconocidos al señor **LUIS ALEJANDRO GONZÁLEZ FARÍAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.413.965, a partir del **17 de abril de 2015**, en adelante, atendiendo la fórmula expuesta en la parte motiva de esta providencia.
- b) **RELIQUIDAR** los auxilios de cesantías teniendo en cuenta los valores que arroje la correcta reliquidación de los recargos nocturnos, por el mismo período indicado en precedencia.
- c) **RELIQUIDAR** los aportes pensionales teniendo en cuenta los valores que arroje la correcta reliquidación de los recargos nocturnos, a partir del 1° de enero de 2013.

- d) **RECONOCER Y PAGAR** a favor del demandante, las diferencias que resulten a su favor respecto de los recargos nocturnos y los auxilios de cesantías.

En cuanto a los aportes pensionales, la parte demandada deberá efectuar el descuento que legalmente le corresponda al demandante y efectuar la consignación respectiva al fondo pensional.

- e) Para los fines de la condena pecuniaria en cumplimiento de lo señalado en el artículo 187 del C.P.A.C.A., las sumas de dinero a reconocer, serán objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron cada una de las sumas adeudadas.

TERCERO: **Se ordena** dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: **Negar** las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: No condenar en costas a la entidad demandada de acuerdo con las consideraciones de la presente sentencia.

SEXTO: En firme el presente fallo, expídase las respectivas copias de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 del Código General del Proceso.

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MÓNICA LORENA SÁNCHEZ ROMERO
JUEZ

Firmado Por:
Monica Lorena Sanchez Romero
Juez
Juzgado Administrativo
028
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: **10b97361b7224557a1385ee39778daeddcafb98b0ef8bd6b99d3aa46a79652c6**

Documento generado en 24/11/2022 08:00:24 PM

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