



Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla, D.E.I. y P., veintiocho (28) de septiembre dos mil veintidós (2022).

Radicado	08-001-33-33-006-2018-00223-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	María Graciela Niño Cortes
Demandado	Hospital Universitario Cari E.S.E
Jueza	Lilia Yaneth Álvarez Quiroz

I. ASUNTO A DECIDIR

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por la señora María Graciela Niño Cortes, contra el Hospital Universitario Cari E.S.E de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011:

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones

Como pretensiones de demanda, la actora presentó las que a continuación se transcriben:

Primero: Declárese *NULO*, la Resolución u Oficio N°. OGH - 0332 - 2015, expedida el día 30 de agosto de 2015, por medio del cual, la PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRUPO FUNCIONAL GESTIÓN HUMANA del HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI E.S.E., decidió negar la reliquidación a que tiene derecho el demandante respecto a sus derechos legales salariales, recargos nocturnos y feriados, transporte y aplicación del contenido legal plasmado en el Decreto 1042 de 1978, relacionado con la regla de salario básico, es decir Ciento Setenta y Seis Horas (176) Mensuales.

Segundo: Declárese *NULO EL ACTO FICTO O PRESUNTO NEGATIVO*, por medio del cual, el HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI E.S.E., dio por resuelta la petición elevada el día el día 04 de octubre del año 2017, que conforme a derecho impetró la demandante, respecto a sus derechos legales salariales, recargos nocturnos y feriados, transporte y aplicación del contenido legal plasmado en el Decreto 1042 de 1978, relacionado con la regla de salario básico, es decir Ciento Setenta y Seis Horas (176) Mensuales.

Tercera: Como consecuencia de las nulidades anteriores y a título de restablecimiento del derecho condénese al HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI E.S.E., que reconozca y pague a favor de la demandante, las reliquidaciones que resulten de la aplicación del Artículos 33 y subsiguientes del Decreto 1042 de 1978 (relacionado con la regla del salario básico sobre; 176 mensuales y los recargos a que haya lugar relacionados con el trabajo nocturno Comprendido entre las 6 p.m. y las 6 a.m., que tiene una sobre remuneración del 35%, o el trabajo suplementario por dominicales y festivos, así como el ordinario o habitual y el ocasional), a partir del día 04 de Octubre de 2014, hasta la fecha de pago efectivo, con sus respectivos reajustes de Ley y el ajuste del valor o Indexación Laboral.

Cuarta: Declárese que el HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI E.S.E., viene liquidando sin tener en cuenta los protocolos establecidos para las respectivas nóminas y con ello un perjuicio que se refleja en el detrimento de la asignación salarial y demás emolumentos.

Quinta: Por lo anterior, condénese a la Demandada, a re liquidar y pagar a favor de la señora MARIA GRACIELA NIÑO CORTES, las diferencias pagadas y dejadas de pagar

por concepto de Cesantías, Intereses de Cesantías, Prima de Vacaciones, recargos nocturnos y feriados, transporte y cualquier otro emolumento que estuviese mal liquidado en virtud de las reliquidaciones que trata el inciso anterior, desde el día 04 de Octubre de 2014, hasta la fecha de pago efectivo, con sus respectivos reajustes de Ley y el ajuste del valor o Indexación Laboral

Sexto: *En consecuencia del acápite anterior, Condénese al HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI E.S.E., que pague a favor de la demandante las sanciones prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990, por no pagar en su totalidad las Cesantías a que tiene derecho la señora MARIA GRACIELA NIÑO CORTES.*

Séptimo: *Que los saldos que resulten a favor de la señora MARIA GRACIELA NIÑO CORTES, se indexen debidamente.*

Octavo: *Ordénese a la Demandada, al cumplimiento de la Sentencia dentro del término establecido en el Artículo 192 C.P.A.C.A*

Noveno: *Condénese al HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI E.S.E., que si no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 195 del C.P.A.C.A.*

Décimo: *Condénese a la Demandada, que pague las costas que se causen dentro de este proceso, como lo establece el artículo 188 del C.P.A.C.A.*

2.2. Hechos

Al realizar el estudio del cuerpo de la demanda y sus anexos, como fundamentos fácticos de las pretensiones de demanda, se resumen los siguientes:

Primero: *La señora MARIA GRACIELA NIÑO CORTES, es trabajadora del Hospital Universitario CARI E.S.P., y se encuentra vinculada al sindicato de la entidad demandada SINTRICARI.*

Segundo: *El día 04 de octubre del año 2017, la señora MARIA GRACIELA NIÑO CORTES, elevó derecho de petición a la demandada solicitando que se re liquide las correspondientes nóminas de los trabajadores de planta, sindicalizados y los que obtuvieron sus beneficios pensionales que laboran y los que laboraron en el hospital universitario CARI ESE., como lo indica el Decreto 1042 de 1978.*

Tercero: *El día 23 de febrero del año 2018, mi demandante presentó a la PROCURADURIA JUDICIAL EN LO ADMINISTRATIVO, solicitud de Conciliación Extraprocesal, convocando al HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI E.S.E. sobre el presente asunto.*

Cuarto: *el día 23 de mayo de 2018 se realizó la audiencia de conciliación, sin acuerdo conciliatorio, poniendo fin a esa etapa procesal.*

2.3. Fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de violación.

Como fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de su violación, presentó la parte actora los argumentos que a continuación se resumen:

De Rango Constitucional: la igualdad (art. 13), el trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25), y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales

N y R No. 08-001-33-33-006-2018-00223-00
 Demandante: María Graciela Niño Cortes
 Demandado: Hospital Universitario E.S.E CARI

(art. 53), y resultaría violatorio del artículo 150 numeral 19 literal e) que establece la creación legal del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, así como del pacto internacional de los derechos económicos, sociales y políticos, artículo 7, según el cual, en las condiciones de trabajo, los Estados miembros deben asegurar al trabajador "...d) el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos"; De Orden Legal: artículos 33, 34, 36, 37 y 39; Decreto 1045 de 1978.

2.3.1 Concepto de violación

El concepto de la violación va encaminada a la mala interpretación del artículo 33 y subsiguientes del que hiciera la Demandada del Decreto 1042 de 1978, porque desde hace varios años, viene reconociendo y liquidando las horas extras en razón de 240 horas mensuales, lo cual, quiere decir que para ellos la asignación mensual fijada en las escalas de remuneración, corresponde a jornadas de Sesenta (60) horas semanales, lo que es superior a las Cuarenta y Cuatro horas semanales que propone dicho artículo, y con ello el valor liquidado de la hora de trabajo es muy inferior al pagado por el Hospital Universitario CARI.

2.4. Contestación de la Demanda

2.4.1. Parte demandada Hospital Universitario CARI

La parte demandada al momento de contestar la demanda formuló las siguientes excepciones que se resumen a continuación:

Inexistencia de las obligaciones demandadas

Las obligaciones que se pretenden deducir, son inexistentes y carentes de toda fundamentación fáctica y jurídica, pues el CARI E.S.E, al momento de determinar el factor salarial para la liquidación de nóminas, ha sostenido que: "según el artículo 13 del Decreto 1042/1978 y normas posteriores sobre fijación de las asignaciones para los servidores públicos, estas corresponden a periodos mensuales que necesariamente involucran el reconocimiento y pago de la totalidad de los días laborados, y los dominicales y festivos. Por consiguiente, la fórmula matemática para determinar el valor de la hora contratada cuando media relación laboral, para todos los efectos legales, resulta de dividir el valor de la asignación básica mensual por 240 horas, aclarando que esta última cifra resulta de multiplicar la jornada laboral diaria de 8 horas por 30 días, que en promedio tiene cada mes, involucrando de esta manera, automáticamente en la hora efectivamente laborada la proporción del valor de los descansos que la Ley autoriza. (...)

El E.S.E CARI, ha venido dando cabal cumplimiento a los presupuestos legales contenidos en el Decreto 1042/1978, para los fines de liquidación de las horas laboradas, en cada uno de los turnos asignados al mes para los servidores públicos que prestan sus servicios en las áreas asistenciales, enfatizando que estas se realizan sobre 240 horas, tal cual se aplica en líneas anteriores, y no sobre 176 como erradamente lo pretende e interpreta la actora sin ningún fundamento fáctico ni jurídico que le sirva de base como causa del nacimiento de esa pretendida obligación, que, se repite, que le fue cancelada al recibir el pago mensual de su asignación sobre el total de 30 días mes, cuando en realidad solo labora 22 días mes en promedio.

Cobro de lo no debido

El Hospital Universitario Cari E.S.E, no adeuda suma alguna al actor, por ningún concepto, toda vez que, se reitera le ha venido dando cabal cumplimiento a lo preceptuado en el Decreto 1042/1978, para los fines de la liquidación de las horas laboradas en cada uno de los turnos asignados al mes para los servidores públicos del área asistencial, enfatizándoles que éstas se realizan sobre 240 horas y en ningún caso sobre 176 horas como erradamente lo interpreta la actora. Es verdad que nada debe la demandada al demandante, por lo que no es de recibo exigir o reclamar, de mi representada, que se le pague lo que no le debe, pues no esta obligada, bajo ninguna circunstancia, a pagar lo que no adeuda, es excepción llamada a prosperar.

Inexistencia de la Nulidad impetrada

Examinando la demanda tanto en su relación de hechos, cuanto en las pretensiones, normas violadas y concepto de la violación, no se identifica con objetividad y suficiente claridad que entreguen al fallador certeza de la existencia de la nulidad o nulidades de que se invocan. En efecto no se señala cual es la violación o inaplicabilidad del Decreto 1042/1978, ni la pretendida violación a normas constitucional alguna, o a las normas citadas por la parte actora.

Prescripción

La existencia del acto ficto o presunto es inexistente, quedando la reclamación contestada con oficio 0332 de 2015 como el acto administrativo objeto de la acción de nulidad, es lo cierto que el tiempo transcurrido desde la época en que pudo haberse hecho exigible (hasta el 30 de diciembre de 2015), y la fecha de solicitud de la conciliación extrajudicial (23 de febrero de 2018) y la prescripción de la demanda, la cual en todo caso debió ser con posterioridad a la audiencia de conciliación realizada el 23 de mayo de 2018, es obligación extinguida por virtud de la prescripción que cobija a ese acto de la administración, mas cuando se pretenden derechos laborales a partir del 4 octubre de 2014, derechos que, se repite, no le han sido vulnerados al actor sino que por el contrario fueron cancelados de conformidad con el Decreto 1042.

Caducidad

Como se ha demostrado la acción incoada no deriva del acto presunto o negativo que se alega por la parte actora (ya que este es inexistente), evento que permitiría el ejercicio de la nulidad y restablecimiento del derecho en cualquier tiempo, a voces del artículo 165 numeral 1 literal d) del CPACA, sino que esta deviene a raíz de la respuesta a un derecho de petición contenida en el oficio 332 del 30 de agosto de 2015. Se solicita ante el Ministerio Público la convocatoria para la conciliación prejudicial, lo que ocurre en el mes de marzo de 2018. Expuesto lo anterior, al momento de presentar la solicitud, habían transcurrido exactamente 2 años 6 meses. Si para esta clase de acciones la ley otorga al demandante 4 meses para accionar, lo que hizo fuera de ese perentorio termino, por lo que igualmente, al presentar la demanda (23 mayo de 2018), la acción estaba cobijada por la caducidad.

2.5. Alegatos

2.5.1 Parte Demandante

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

2.5.2 Parte demandada Hospital Universitario Cari

N y R No. 08-001-33-33-006-2018-00223-00
 Demandante: María Graciela Niño Cortes
 Demandado: Hospital Universitario E.S.E CARI

La parte demandada presentó alegatos de conclusión en los siguientes términos:

Problemas jurídicos

Dentro del presente proceso es menester dirimir los siguientes problemas jurídicos procesales y materiales para determinar la procedibilidad de las pretensiones impetradas. En ese orden, le solicito al despacho se sirva tener en consideración los siguientes:

1. ¿Se cumplió el término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del Derecho frente a la demanda presentada el 23 de mayo de 2018, que controvierte el acto administrativo OGH -0332 expedido y notificado el 30 de agosto de 2015?
2. ¿Existe acto ficto presunto derivado de una petición reiterativa y ambigua que la administración ha contestado en debido término y forma, del cual existe presunción de legalidad y no ha sido demandada en el término correspondiente?
3. ¿Conforme con las estipulaciones contenidas en el Decreto 1042 de 1989, los emolumentos prestacionales deben ser liquidados con base en un cálculo que tenga como directriz 240 horas laboradas mensualmente?

Hechos jurídicamente relevantes probados dentro del proceso

De los soportes documentales allegados al proceso es verídico afirmar:

1. La señora María Graciela Niño Cortes laboró en el Hospital Universitario CARI E.S.E.
2. El Hospital Universitario CARI E.S.E., liquidó los emolumentos prestacionales bajo la interpretación bajo el análisis del artículo 13 del Decreto 1042 de 1978 y bajo la fórmula matemática para determinar el valor de lo hora contratada resultante de dividir el valor de la asignación básica mensual sobre 240 horas, aclarando que esta última cifra resulta de multiplicar la jornada laboral diaria de 8 hora por 30 días, que en promedio tiene cada mes.
3. El 30 de agosto de 2015, el Hospital Universitario CARI E.S.E., dio respuesta definitiva y de fondo a la reclamación del Señor Hilder Enrique Cobo Solano, quien realizó tal reclamación en nombre de la demandante, como lo afirma el apoderado de la parte demandante. "se solicita que se reliquide las correspondientes nóminas de los trabajadores de planta, sindicalizados y aquellos que obtuvieron sus beneficios pensionales que laboran y los que laboraron en el hospital universitario CARI ESE., así como lo indica el Decreto 1042 de 1978." Esta respuesta consiste en una respuesta clara y de fondo y en un acto administrativo con presunción de legalidad.
4. El 04 de octubre de 2017, la señora María Graciela Niño Cortes es reiterativa en idéntica petición a la planteada el 20 de agosto de 2015, conforme a lo indicado por su apoderado y la revisión de los documentos que obran en el expediente.

Análisis jurídicos

1. De la caducidad del medio de control contra el acto administrativo OGH -0332 expedido y notificado el 30 de agosto de 2015. El derecho al acceso a la administración de justicia, garantizado con el establecimiento de diversos procesos y jurisdicciones, conlleva el deber de un ejercicio oportuno, razón por la cual, se han establecido legalmente términos de caducidad para racionalizar el ejercicio del derecho de acción, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y no puedan ser ventiladas en vía judicial.

2. **DE LA INEXISTENCIA DE ACTO FICTO O PRESUNTO** El acto ficto presunto del cual se pretende se declare la nulidad tiene asidero argumentativo en la no contestación de la Petición presentada por la actora el 04 de octubre de 2017.
3. De la errada interpretación del Decreto 1042 de 1978. El Hospital Universitario CARI E.S.E., al momento de determinar el factor salarial para la liquidación de nóminas, ha sostenido que: "Según el art. 13 del Decreto 1042 de 1978 y normas posteriores sobre fijación de las asignaciones para los servidores públicos, estas corresponden a periodos mensuales que necesariamente involucran el reconocimiento y pago de la totalidad de los días laborados y los dominicales y festivos. Por consiguiente, la fórmula matemática para determinar el valor de la hora contratada cuando media relación laboral, para todos los efectos legales, resulta de dividir el valor de la asignación básica mensual por 240 horas, aclarando que esta última cifra resulta de multiplicar la jornada laboral diaria de 8 horas por 30 días, que en promedio tiene cada mes, involucrando de esta manera, automáticamente en la hora efectivamente laborada, la proporción del valor de los descansos que la ley autoriza.
4. Prescripción extintiva de Derechos Fundamento esta excepción en que, sin que mi representada esté reconociendo derecho alguno dentro del presente proceso al demandante, cualquier derecho que tenga más de 3 años de haberse hecho exigible prescribió de acuerdo con lo normado por el artículo 151 del C.P.L y demás normas concordantes

2.6. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no emitió pronunciamiento dentro del presente proceso.

III. TRAMITE PROCESAL

- La demanda fue presentada ante la jurisdicción contenciosa administrativa en fecha 23 de mayo de 2018 y repartida a esta judicatura en la misma fecha¹.
- La presente demanda fue inadmitida mediante auto del 04 de julio de 2018², y admitida posteriormente mediante auto del 03 de noviembre de 2018³.
- En fijación en lista de fecha 22 de febrero de 2022, se corrieron traslado de las excepciones formuladas con la contestación de la demanda⁴.
- Mediante auto de fecha 09 de marzo de 2022, se fijó el litigio, se incorporaron pruebas, y se corrió traslado para alegar, para dictar sentencia anticipada⁵.

IV. CONSIDERACIONES.

4.1. Validez de la actuación.

¹ Expediente digital (Archivo 06 Acta de Reparto)

² Expediente digital (Archivo 07 auto inadmite)

³ Expediente digital (Archivo 09 Admisión Demanda)

⁴ Expediente Digital (Archivo 12 Fijación en lista)

⁵ Expediente Digital (Archivo 13 Fija litigio Incorpora Pruebas)

N y R No. 08-001-33-33-006-2018-00223-00
 Demandante: María Graciela Niño Cortés
 Demandado: Hospital Universitario E.S.E CARI

Revisadas las actuaciones procesales, no observa este Juzgado irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado.

4.2. Problema jurídico:

De conformidad con los hechos y pretensiones de la demanda y las excepciones propuestas en la contestación, se deberá

Establecer si a la señora María Graciela Niño Cortés le son aplicables los Artículos 33 y subsiguientes del Decreto 1042 de 1978 (relacionado con la regla del salario básico sobre; 176 horas mensuales y los recargos a que haya lugar relacionados con el trabajo nocturno comprendido entre las 6 p.m. y las 6 a.m. que tiene una sobre remuneración del 35%, o el trabajo suplementario por dominicales y festivos, así como el ordinario o habitual y el ocasional), a partir del día 04 de Octubre de 2017, hasta la fecha de pago efectivo, y en consecuencia si es procedente la reliquidación de dichas prestaciones. En caso positivo establecer si opera la prescripción de las mismas.

4.3. Tesis del Juzgado:

En el presente asunto, se sostendrá la tesis que, a la demandante le asiste parcialmente la razón, teniendo en cuenta que efectivamente, del acervo probatorio puede establecerse que la base de cálculo salarial que aplica la entidad accionada para liquidar los recargos por trabajo nocturno y festivos no corresponde con los postulados del decreto 1042 de 1978, toda vez que se debía tener en cuenta la jornada ordinaria mensual equivalente a 190 horas y no a 240, superando de esta forma la jornada ordinaria legal de 44 horas semanales

4.4. Marco jurídico.

4.4.1 De la jornada laboral de los empleados públicos territoriales.

La Sección Segunda del Consejo de Estado adoptó la tesis según la cual, la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos del orden territorial está gobernada por el Decreto 1042 de 1978⁶.

Al respecto, se ha señalado que, aunque dicho decreto es aplicable a los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, sus efectos se extienden también a los del orden territorial por disposición del artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y del artículo 87 de la Ley 443 de 1998⁷.

Las aludidas normas hicieron extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan «el régimen de administración de personal» contenido no solamente en ellas, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 17 de agosto de 2005. Expediente: 05001-23-31-000-1998-01941-01 (5622-05) Actora: Silvia Elena Arango Castañeda. Demandado: Hospital General de Medellín.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 1 de marzo de 2012. Radicación: 23001-23-31-000-2002-90526-01(0832-08). Actor: Hernán de Jesús Flórez González. Demandado: Municipio de Loricá (Córdoba)

N y R No. 08-001-33-33-006-2018-00223-00
 Demandante: María Graciela Niño Cortes
 Demandado: Hospital Universitario E.S.E CARI

Ahora, con respecto al concepto de «régimen de administración de personal» a que se refieren el artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998, la jurisprudencia de esta sección ha precisado que el mismo comprende el concepto de «jornada de trabajo»⁹.

En ese sentido, y como la jornada laboral está reglamentada en los artículos 33 y siguientes del Decreto 1042 de 1978, se ha definido, jurisprudencialmente⁹, que esta norma constituye una adición a los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y por tanto es aplicable a los empleados públicos del orden territorial conforme la extensión del artículo 2 de la Ley 27 de 1992 ratificada por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998¹⁰.

Igualmente se ha determinado que a los empleados públicos del orden territorial tampoco los gobierna el artículo 3 de la Ley 6ª de 1945 puesto que la Corte Constitucional en sentencia C-1063 de 2000 declaró que esta se encuentra vigente solo para los trabajadores oficiales, y no reglamenta la jornada laboral de los empleados públicos, pues esta se rige por el Decreto 1042 de 1978.

En virtud de lo anterior se puede concluir que el Decreto 1042 de 1978 es la norma que rige la jornada de trabajo para los empleados públicos del orden territorial porque:

(i) El artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998 hicieron extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan «el régimen de administración de personal» contenido en ellas y en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen.

(ii) El concepto de «régimen de administración de personal» incluye el concepto de «jornada de trabajo» que reguló el Decreto 1042 de 1978 luego este se constituye en una adición del Decreto 2400 de 1968 y;

(iii) El artículo 3 de la Ley 6ª de 1945 solo es aplicable a los trabajadores oficiales.

4.4.2 Regulación del pago del trabajo suplementario contenida en el Decreto 1042 de 1978.

Definido entonces que el Decreto 1042 de 1978 es el que determina la jornada de trabajo de los empleados públicos del orden territorial, nos permitimos citar el artículo que rige la materia.

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

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

⁹ Sentencia de fecha 17 de agosto de 2006. Expediente 05001-23-31-000-1998-01941-01 (5622-05) Actora: Silvia Elena Arango Castañeda. Demandado: Hospital General de Medellín.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 23 de febrero de 2012. Radicación: 05001-23-31-000-2001-03838-01(1863-08). Actor: Oscar Antonio Cárdenas Holguín. Demandado: Municipio de Itagüí.

¹⁰ Ver sentencia de 19 de julio de 2007 del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, radicación: 05001-23-31-000-1998-02175-01(6183-05), actora: Luz Angélica Mena Pineda y sentencia de la Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 15 de marzo de 2012. Radicación: 05001-23-31-000-2001-03212-01(1227-11). Actor: Humberto de Jesús Henao Álvarez. Demandado: Municipio de Itagüí (Antioquia).

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 extras¹¹.

De acuerdo con la norma: (i) La jornada de trabajo para los empleados públicos es de cuarenta y cuatro (44) horas semanales con la excepción para los que cumplan funciones discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, en cuyo caso la jornada es especial de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales; (ii) con base en dicha jornada debe fijarse el horario de trabajo y; (iii) se compensa 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, salvo que exceda la jornada máxima semanal.

Es claro que la jornada de trabajo que se cumpla influye de manera directa en el salario que devenga el empleado, en tanto que la asignación puede variar si se labora tiempo suplementario, caso en el cual, se reconoce un pago adicional a la remuneración que de forma frecuente percibe el servidor público.

4.5. Caso Concreto.

Con la demanda de la referencia, la señora María Graciela Niño Cortes, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 85 del CPACA, solicitó declarar la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos:

La Resolución u Oficio N°. OGH - 0332 - 2015, expedida el día 30 de agosto de 2015, por medio del cual, la PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRUPO FUNCIONAL GESTIÓN HUMANA del HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI E.S.E., decidió negar la reliquidación a que tiene derecho mi Prohijado respecto a sus derechos legales salariales, recargos nocturnos y feriados, transporte y aplicación del contenido legal plasmado en el Decreto 1042 de 1978, relacionado con la regla de salario básico, es decir Ciento Setenta y Seis Horas (176) Mensuales.

EL ACTO FICTO O PRESUNTO NEGATIVO, por medio del cual, el HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI E.S.E., dio por resuelta la petición elevada el día el día 04 de octubre del año 2017, que conforme a derecho impetro mi Mandante, respecto a sus derechos legales salariales, recargos nocturnos y feriados, transporte y aplicación del contenido legal plasmado en el Decreto 1042 de 1978, relacionado con la regla de salario básico, es decir Ciento Setenta y Seis Horas (176) Mensuales.

a título de restablecimiento del derecho condénese al HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI E.S.E., que reconozca y pague a favor de mi Representado, las Reliquidaciones que resulten de la aplicación del Artículos 33 y subsiguientes del Decreto 1042 de 1978 (relacionado con la regla del salario básico sobre; 176 mensuales y los recargos a que haya lugar relacionados con el trabajo nocturno Comprendido entre las 6 p.m. y las 6 a.m., que tiene una sobre remuneración del 35%, o el trabajo suplementario por dominicales y festivos, así como el ordinario o habitual y el ocasional), a partir del día 04 de Octubre de 2014, hasta la fecha de pago efectivo, con sus respectivos reajustes de Ley y el ajuste del valor o Indexación Laboral.

¹¹ Modificado en lo pertinente por los artículos 1 al 13 del Decreto 85 de 1986.

N y R No. 08-001-33-33-006-2018-00223-00
 Demandante: María Graciela Niño Cortes
 Demandado: Hospital Universitario E.S.E CARI

Como soporte de la solicitud de nulidad, la parte actora presenta sus fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de violación que entraremos a analizar a continuación.

4.5.1. Análisis crítico de los cargos frente a las pruebas y premisas normativas.

La demandante como sustento de la causal de nulidad alega la mala interpretación del artículo 33 y subsiguientes del que hiciera la Demandada del Decreto 1042 de 1978, porque desde hace varios años, viene reconociendo y liquidando las horas extras en razón de 240 horas mensuales, lo cual, quiere decir que para ellos la asignación mensual fijada en las escalas de remuneración, corresponde a jornadas de Sesenta (60), horas semanales, lo que es superior a las Cuarenta y Cuatro horas semanales que propone dicho artículo, y con ello el valor liquidado de la hora de trabajo es muy inferior al pagado por el E.S.E Hospital Universitario CARI.

4.5.2. Hechos Probados

- La señora María Graciela Niño Cortes, presta sus servicios al E.S.E Hospital Universitario CARI, desde el 05 de marzo de 1998, en el cargo de auxiliar área de salud, con una asignación mensual de \$1.921.052, y ostenta el derecho de carrera administrativa¹².
- En fecha 04 de octubre de 2017 la Señora María Graciela Niño, radicó ante Hospital Universitario CARI E.S.E, reclamación administrativa, solicitando revisión y reliquidación de su nómina, al liquidar su salario y las horas de trabajo sobre 240 horas, y no sobre 176 horas mensuales como lo estipula el Decreto 1042 de 1978.¹³
- La señora María Graciela Niño, se encuentra afiliada al Sindicato de Trabajadores Oficiales del Hospital Universitario CARI E.S.E, desde el año 2014.¹⁴
- En fecha 23 de febrero de 2018 fue radicada solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación.¹⁵
- En fecha 23 de mayo de 2018 se llevó a cabo audiencia de conciliación extrajudicial, declarándose fallida.¹⁶

4.5.3. Resolución del Caso Concreto

La demandante radicó ante Hospital Universitario CARI E.S.E, reclamación administrativa, solicitando revisión y reliquidación de su nómina, al liquidar su salario y las horas de trabajo sobre 240 horas, y no sobre 176 horas mensuales como lo estipula el Decreto 1042 de 1978.

A su vez la entidad demanda, manifiesta en su contestación que ha venido dando cabal cumplimiento a lo preceptuado en el Decreto 1042 de 1978, para los fines de la liquidación de las horas laboradas en cada uno de los turnos asignados al mes para los servidores públicos del área asistencial, enfatizándose que estas se realizan sobre 240 horas y en ningún caso sobre 176 horas como lo solicita la demandante.

¹² Archivo Digital Contestación Demanda (Certificación Gestión Humana Folio 19)

¹³ Archivo Digital 05 (Reclamación Administrativa)

¹⁴ Archivo Digital 08 Subsanación demanda (Folio 05 Certificación SINTRACARI)

¹⁵ Archivo Digital 08 subsanación demanda (Folio 06 solicitud de conciliación)

¹⁶ Archivo Digital 04 (Acta de conciliación)

N y R No. 08-001-33-33-006-2018-00223-00
 Demandante: María Graciela Niño Cortes
 Demandado: Hospital Universitario E.S.E CARI

En virtud de lo señalado y aceptado por la parte demandada en su contestación, tenemos que, el Hospital Universitario CARI E.S.E, liquidó las horas laborales y recargos sobre 240 horas mensuales.

Sobre este asunto, el Consejo de Estado en sentencia del diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018)¹⁷ clarificó cuál es el sistema de cálculo válido de la base salarial (salario/hora) para liquidar estos recargos a favor de los empleados cobijados por el Decreto 1042 de 1978 con jornada ordinaria de 44 horas semanales, en los siguientes términos:

“La administración ha venido cancelando al demandante dicho trabajo teniendo en cuenta el porcentaje del 35% indicado en el Decreto 1042 de 1978, así como la asignación básica mensual, sin embargo, viene empleando para el cálculo del valor una base de liquidación sobre 240 horas mensuales.

Al contestar la demanda, el Distrito de Bogotá informó que ha venido pagando los recargos ordinarios nocturnos, de la siguiente manera:

Asignación Básica Mensual / 240 x 35% x No. Horas laboradas

Sostuvo la entidad, que para dividir por 240 horas se ha tenido en cuenta el manual de liquidación de nómina del Distrito Capital en el cual el denominador es una constante de 240 y no un factor variable.

De conformidad con el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, el recargo nocturno equivale a un 35% del valor de la hora ordinaria, la cual se determina con sujeción a la asignación básica que corresponde a la jornada de 44 horas semanales establecida en el artículo 33 ibídem, jornada que equivale a 190 horas mensuales y no 240.

El sistema de cálculo empleado por la entidad, sobre 240 horas como denominador constante, resulta errado y va en detrimento de los intereses del demandante, toda vez que reduce el valor del recargo, teniendo en cuenta que el mismo debe partir de la asignación básica mensual sobre una jornada de 190 horas mensuales.

En ese orden, hay lugar a ordenar el reajuste de los recargos nocturnos laborados por el demandante, teniendo en cuenta que se debe emplear para el cálculo de los mismos, el número de horas mensuales de la jornada ordinaria laboral en el sector público (190) y no la constante de 240, por lo tanto, la fórmula correcta que deberá emplear la administración para la liquidación de los recargos nocturnos es la siguiente:

Asignación Básica Mensual x 35% x número horas laboradas con recargo

$$190$$

De donde el primer paso es calcular el valor de la hora ordinaria que resulta de dividir la asignación básica mensual (la asignada para la categoría del empleo) en

¹⁷Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección B, sentencia del diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 25000-23-25-000-2012-00422-01(2929-15), Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

N y R No. 08-001-33-33-006-2018-00223-00
Demandante: María Graciela Niffo Cortes
Demandado: Hospital Universitario E.S.E CARI

el número de horas establecidas en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 para el sector oficial (44 horas semanales) que ascienden a 190 horas mensuales.

Establecido el factor hora, el segundo paso es liquidar las horas laboradas con recargo, para lo cual se multiplica el factor hora por el porcentaje del recargo nocturno establecido en el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978 en 35%, por el número de horas laboradas entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m., es decir, el tiempo en jornada ordinaria nocturna sujeta al recargo que se hubiere trabajado al mes.

Respecto al trabajo ordinario en días dominicales y festivos, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, señala que la remuneración debe ser 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, lo cual equivale a una sobre remuneración del 200% conforme al porcentaje empleado por la entidad demandada.

De la prueba allegada al expediente se desprende que el demandante laboró dominicales y festivos en forma permanente por el sistema de turnos empleado por la entidad demandada en razón al servicio público que prestan los bomberos, el cual supone habitualidad y permanencia. Del mismo modo, se observa que la administración distrital pagó al demandante los recargos nocturnos y el trabajo habitual en dominicales y festivos, en los porcentajes indicados en los artículos 34 y 39 del Decreto 1042 de 1978, sobre la asignación básica mensual, a razón de 35% por recargo nocturno, 200% por trabajo habitual en dominicales y festivos y 235% por recargo festivo nocturno, tal y como consta en las certificaciones expedidas por la Dirección de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno.

Sin embargo, al efectuar la liquidación del trabajo en dominicales y festivos la entidad demandada también empleó una base de liquidación de 240 horas, parámetro que como se dejó expuesto, no se ajusta al Decreto 1042 de 1978, toda vez que ha debido tener en cuenta la jornada ordinaria mensual equivalente a 190 horas y no 240, al no ser así, se afectó el cálculo del valor del recargo en detrimento del demandante.

La Sala procederá a ordenar el reajuste de los dominicales y festivos laborados por el demandante, para lo cual la entidad deberá tener en cuenta los parámetros indicados por los artículos 33, 35, 36 y 39 del Decreto 1042 de 1978, es decir, el factor hora será calculado con base en la asignación básica mensual dividida por el número de horas de la jornada ordinaria mensual, 190 y no 240." (Negrillas y subrayas de la Sala)

De acuerdo con lo anterior, se tiene que, en relación con la base salarial para liquidar los recargos por trabajo ordinario en jornada nocturna y en dominicales y festivos, la entidad accionada calculó el salario por hora sobre la base de una jornada de 48 horas semanales, siendo lo correcto efectuar el cálculo respectivo teniendo como parámetro la jornada laboral de 44 horas de que trata el pluricitado artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.

Por lo tanto, conforme el anterior precedente se observa que la base de cálculo salarial que aplica la entidad accionada para liquidar los recargos por trabajo nocturno y festivos

N y R No. 08-001-33-33-006-2018-00223-00
 Demandante: María Graciela Niño Cortes
 Demandado: Hospital Universitario E.S.E CARI

de la accionante no corresponde con los postulados del decreto 1042 de 1978, toda vez que se debía tener en cuenta la jornada ordinaria mensual equivalente a 190 horas y no 240, superando de esta forma la jornada ordinaria legal de 44 horas semanales.

Así las cosas, se concluye que los reconocimientos efectuados a la demandante por recargos nocturnos y festivos son inferiores a los debidos, por lo que habrá de concederse parcialmente las pretensiones.

En cuanto a la pretensión de reliquidación de los demás factores y prestaciones sociales, con motivo del incremento generado por la reliquidación del trabajo suplementario y de horas extras ordenado, se debe indicar que en el caso de las cesantías¹⁸ hay lugar a acceder a dicha pretensión, puesto que, según el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978, su base de liquidación está integrada por el trabajo suplementario, entre otros factores; en cambio, frente a los demás factores y prestaciones sociales tales como primas de navidad, vacaciones y prima de navidad, de acuerdo con el precedente vertical¹⁹ "las horas extras, los recargos nocturnos y la remuneración del trabajo en dominicales y festivos no constituyen factor salarial para la liquidación de las mismas, al tenor de lo previsto en el artículo 59²⁰ del Decreto 1042 de 1978, y artículos 17²¹ y 33²² del Decreto 1045 de 1978", razón por la que frente a estos rubros se negará el citado reconocimiento.

Prescripción

La parte demandante alegó como excepción la prescripción de las pretensiones, señalando que, las mismas no se configuraban a partir de un acto ficto o presunto, si no a través del oficio 0332 de 2015 como acto administrativo objeto de la acción de nulidad, por lo tanto, la obligación se encuentra extinguida.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B. CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 19 de febrero de 2015, expediente No. 3594-13.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Artículo 59º.- De la base para liquidar la prima de servicio. La prima a que se refiere el artículo anterior se liquidará sobre los factores de salario que se determinan a continuación:

- a) El sueldo básico fijado por la ley para el respectivo cargo.
- b) Los incrementos salariales por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.
- c) Los gastos de representación.
- d) Los auxilios de alimentación y transporte.
- e) La bonificación por servicios prestados.

Para liquidar la prima de servicio, se tendrá en cuenta la cuantía de los factores señalados en los ordinales precedentes a 30 de junio de cada año.

²¹ Artículo 17º.- De los factores salariales para la 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 las 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;
- c) Los gastos de representación;
- d) La prima técnica;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de servicios;
- g) La bonificación por servicios prestados.

En caso de interrupción de las vacaciones por las causales indicadas en el artículo 15 de este Decreto, el pago del tiempo faltante de las mismas se reajustará con base en el salario que perciba el empleado al momento de reanudarlos.

²² Artículo 33º.- De los factores de salario para liquidar la 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 los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978;
- c) Los gastos de representación;
- d) La prima técnica;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de servicios y la de vacaciones;
- g) La bonificación por servicios prestados.

N y R No. 08-001-33-33-006-2018-00223-00
 Demandante: María Graciela Niño Cortes
 Demandado: Hospital Universitario E.S.E CARI

En cuanto a la prescripción de las diferencias causadas con motivo de la reliquidación, de acuerdo con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral²³, aplicable tanto para trabajadores particulares como para los servidores públicos²⁴, y con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968²⁵, los derechos laborales o "sociales" y las acciones para su reclamación, prescriben en 3 años, contados a partir de la fecha en que la obligación se ha hecho exigible; en consecuencia, en el caso concreto hay lugar a declarar dicho fenómeno frente a los incrementos causados con anterioridad al 04 de octubre de 2014, teniendo en cuenta que la petición que dio origen al acto ficto demandado fue radicada el 04 de octubre de 2017.

Conclusión

En el presente caso logró prosperar uno de los cargos de nulidad propuestos por el demandante, lográndose de esta manera desvirtuar la presunción de legalidad que tienen los actos administrativos, por lo cual se declarará la nulidad del acto administrativo enjuiciado, ordenándose la reliquidación solicitada por la demandante.

V. CONDENA EN COSTAS

Finalmente, el Juzgado no condenará en costas, en razón de que la parte vencida no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a ello, tal como el haber incurrido en temeridad, irracionalidad absoluta de su pretensión, en dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Sexto (06) Administrativo Oral de Barranquilla**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

VII. FALLA

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD DEL ACTO FICTO derivado del silencio administrativo negativo, del Hospital Universitario CARI E.S.E., frente a la petición radicada por la señora MARIA GRACIELA NIÑO CORTES, el día 04 de octubre de 2017, con el propósito de obtener la reliquidación del trabajo suplementario y de horas extras y prestaciones sociales, conforme a las razones expuestas en la pare considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al Hospital Universitario CARI E.S.E, a i) reliquidar el trabajo suplementario y de horas extras diurnas y nocturnas, dominicales y festivos, efectivamente laboradas por la señora MARIA GRACIELA NIÑO CORTES, para el cálculo de los mismos se empleará el factor de 190 horas mensuales que corresponde a la jornada ordinaria laboral mensual, y no de 240; ii) a pagar las diferencias que resultaren a favor de la demandante como producto del reajuste.

²³ "ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

²⁴ Sentencia C-745 de 1999: "En efecto, la interpretación que, en reiteradas oportunidades, ha realizado el Consejo de Estado, también sostiene que el término de prescripción para el cobro de salarios e indemnizaciones por accidentes de trabajo para los trabajadores al servicio del Estado es el que consagran los artículos 488 del CST, 151 del CPL y 41 del Decreto 3135 de 1968, esto es, un término de tres años para todos los casos, pues "la prescripción establecida en el citado artículo 151 [del Código de Procedimiento Laboral] se refiere a las acciones que emanen de las leyes sociales, en un sentido general, lo que quiere decir que comprende no sólo las acciones que se refieren a los trabajadores particulares sino también a los que amparan a los servidores oficiales".

²⁵ "ARTICULO 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, PERO SÓLO POR UN LAPSO IGUAL." (Resaltado y mayúsculas no son del texto original).

N y R No. 08-001-33-33-006-2018-00223-00
Demandante: María Graciela Niño Cortes
Demandado: Hospital Universitario E.S.E CARI

TERCERO: CONDENAR al Hospital Universitario CARI E.S.E, a reliquidar el valor de las cesantías reconocidas y pagadas a la demandante a partir del 04 de octubre de 2014, incorporando el reajuste ordenado en el numeral anterior.

CUARTO: Las sumas resultantes de la condena a favor del demandante se actualizarán aplicando la fórmula: $R = Rh \cdot \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$; en la que (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada, 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 a la fecha en que debió realizarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente.

Los intereses se reconocerán en los términos previstos en el artículo 192 del "CPACA"

QUINTO: DECLARAR la prescripción de las diferencias derivadas de la reliquidación que se ha ordenado, causadas con anterioridad al 04 de octubre de 2014.

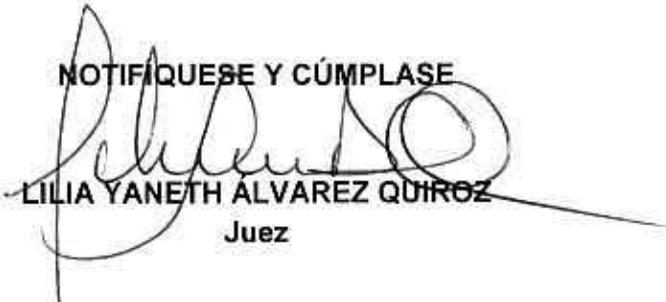
SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: NOTIFICAR personalmente esta providencia al liquidador del Hospital Universitario CARI E.S.E.

OCTAVO: NOTIFICAR personalmente esta providencia a las partes y a la señora Procuradora delegada del Ministerio Público ante el Juzgado.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


LILIA YANETH ALVAREZ QUIROZ

Juez

L.P.V