

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

| | |
|-------------------------|--|
| PROCESO | ORDINARIO |
| DEMANDANTE | Alejandro de Jesús Velásquez Hernández |
| DEMANDADO | E. S. E. Metrosalud |
| PROCEDENCIA | Juzgado 25 Laboral del Cto. de Medellín |
| RADICADO | 05001 3105 012 2019 00236 01 |
| INSTANCIA | SEGUNDA |
| PROVIDENCIA | SENTENCIA Nro. de 2023 |
| TEMAS Y SUBTEMAS | Recargos dominicales y festivos atendiendo lo estipulado en la convención colectiva de trabajo – horas extras diurnas y nocturnas. |
| DECISIÓN | Confirma absolución |

Con suma cortesía me separo de la decisión mayoritaria que resolvió aprobar el proyecto presentado por la ponente en el proceso de la referencia por las razones que paso a explicar:

El demandante persigue que se condene al reconocimiento y pago de los recargos por los dominicales y festivos, así como las horas extras diurnas y nocturnas, tal y como se encuentra regulado en la Convención Colectiva de Trabajo.

Ahora, durante el proceso no se controvertió el aspecto atinente a que el demandante es beneficiario de la convención colectiva vigente en la entidad demandada, tampoco el cargo que desempeña ni la jornada laboral que a la

semana suma 48 horas, y menos que labora en turnos sucesivos con el fin de satisfacer y permitir el cumplimiento de los objetivos de la entidad de salud para la que labora.

Pues bien, la entidad demandada celebró con la organización sindical SINTRAOMMED una convención colectiva de trabajo, la que en su cláusula 38 de los acuerdos convencionales 2013-2016 y 2017-2019, establece:

La Empresa Social del Estado Metrosalud, a partir de la vigencia de la presente Convención Colectiva, continuará reconociendo a sus Trabajadores Oficiales por servicios prestados en dominicales y festivos, salario triple o doble con compensatorio, de conformidad al Acuerdo Municipal 02 de 1.978, y será a opción del trabajador el reconocimiento en dinero o el pago doble y el compensatorio en el día que señale la administración...

A su vez, el artículo 2 del Acuerdo Municipal 02 de 1978 al que remite la estipulación antes transcrita, consagra que: *“El Municipio de Medellín reconocerá a los empleados públicos por servicios prestados en dominicales y festivos salario triple, o doble y un compensatorio”*.

El juzgado de primera instancia y la Sala en la decisión mayoritaria avaló la tesis de la parte empleadora en el sentido de que, de acuerdo al cuadro de turnos, el demandante en muchos casos no completó la jornada legal semanal o quincenal, y era completamente factible hacerlo un domingo o festivo, pues bien, ese en mi criterio no es el aspecto de discusión, lo que debemos dilucidar es si al hacerlo en esa forma, es decir trabajando en dominicales o festivos, tendría derecho al pago triple o doble con descanso compensatorio como lo previó la convención, o por el contrario, la retribución se debe entender comprendida en el pago ordinario.

Lo cierto es que al ser el demandante beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo era imperativo estudiar el derecho reclamado conforme a esta fuente legal, en vez de abstenerse de ello, por cuanto se trata de normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos en una entidad de salud y ello implica la verificación del derecho en el ámbito extralegal.

Siendo así, la norma convencional invocada por el recurrente estableció las reglas para la percepción de la retribución adicional, sin exigir que el domingo coincida con el descanso compensatorio a que tiene derecho el trabajador, pues en ese punto la convención se limitó a establecer un pago triple o doble con un descanso compensatorio por «*servicios prestados en dominicales y festivos*».

En ese orden de ideas, no es posible admitir que el pago adicional por el trabajo en dominicales, aunque el trabajador pertenezca al sistema de turnos, ya viene comprendido en el salario ordinario, pues la recta teología del asunto es que además de la retribución adicional tiene derecho al descanso y este último es el que está incorporado en la remuneración.

Así lo expuso la Sala de Casación Laboral en la sentencia CSJ SL4104-2021 al analizar el artículo 2 del Decreto 186 de 1987, referente al trabajo habitual en dominicales y festivos de los trabajadores del extinto ISS que ejecutan sus labores a través del sistema de turnos, elucidó:

«[...] no puede olvidarse que en este caso concreto, conforme el texto expreso y claro del referido artículo 2.º del Decreto 186 de 1987, sin perjuicio que la labor que ejerza la trabajadora sea en este sistema de turnos, si acredita que laboró habitualmente en días domingos o festivos, tiene derecho al recargo económico adicional por el dominical o festivo laborado más el disfrute de un día de descanso que compense tal servicio; sin embargo, téngase en cuenta que el pago de este último derecho se entiende incluido en la asignación mensual, tal como lo prevé de forma precisa la normativa referida.
De modo que si el trabajo dominical y festivo es habitual, incluso si la trabajadora oficial del ISS accedió a una retribución adicional por esta labor y laboraba en un sistema de turnos, tiene derecho a un día de descanso compensatorio».

Fecha ut supra.


CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO