

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.  
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil veintiuno (2021)

**Radicado:** 11001-33-35-009-2018-00569-00  
**Naturaleza:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Demandante:** ESPERANZA CAMARGO LÓPEZ  
**Demandado:** HOSPITAL MILITAR CENTRAL

---

Están las diligencias al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponde, en los términos de los artículos 13 del Decreto 806 de 2020 y 42 de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso iniciado por la señora Esperanza Camargo López contra el Hospital Militar Central.

## 1. Antecedentes

### 1.1. Pretensiones

Según el libelo inicial, la parte actora en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), pretende:

**“PARTE DECLARATIVA:**

*Comendidamente solicito al Señor Juez del Conocimiento declarar:*

- 3.1. *La nulidad del Oficio No. E-00022-2018004633 del 25 de mayo de 2018, notificado personalmente el 7 de junio del mismo año, suscrito por la Doctora (...), Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, el Coronel (...) como Subdirector Administrativo y por la Doctora (...), 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 Sistema Integral de Seguridad Social y demás derechos percibidos por la demandante.*
- 3.2. *La nulidad de oficio E-00022-2018007214 del 17 de agosto de 2018 expedidos por el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL**, suscritos por la Doctora (...), Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, el Coronel (...) como Subdirector Administrativo y por la Doctora (...), como Jefe de la Unidad de Talento Humano, con los (sic) cuales (sic) se resolvieron en forma negativa los Recursos de Reposición presentados por mi mandante y rechazó el de apelación.*
- 3.3. *La 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 representada:*

- 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.”*

### **1.2. Fundamentos fácticos**

Como fundamentos facticos de sus pretensiones, en síntesis, narró:



1. La actora labora al servicio del Hospital Militar Central desde el 05 de enero de 1994, y en la actualidad se desempeña como auxiliar de servicios en el departamento de enfermería, mediante el sistema de turnos.
2. Para cumplir su misión institucional, el Hospital Militar Central, presta los servicios de salud en forma permanente e ininterrumpida, durante las 24 horas del día, todos los días del año, razón por la que programa a sus servidores para que desarrollen su trabajo por el sistema de turnos, todos los días de la semana, incluidas las horas de la noche y los domingos y feriados.
3. La programación de turnos en el Hospital Militar Central se maneja por medio de planillas mensuales, por áreas o servicios y por mes calendario.
4. El Hospital Militar Central utiliza diferentes símbolos para identificar la situación en la que diariamente se encuentra cada trabajador. En todo caso si en las filas de los domingos o festivos, no hay una “L” que indica “Libre”, significa que fue un día laborado.
5. El Hospital Militar Central no paga la totalidad de los salarios causados por recargo nocturno o festivo, pues solamente liquida horas de trabajo en el caso de los dominicales o festivos.
6. Los salarios que la demandante debe percibir por trabajo en jornada nocturna, en tiempo extraordinario o en días de descanso obligatorio, son excluidos por el Hospital Militar Central de la base para liquidar vacaciones, prestaciones sociales (primas, auxilios, bonificaciones, subsidios, cesantías e intereses sobre las cesantías) y aportes a los Sistemas Integrales de Seguridad Social y Parafiscalidad.
7. Solamente a partir de mayo de 2018 (aportes correspondientes al mes de abril), el Hospital Militar Central empezó a pagar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social con algunos factores y salarios adicionales al sueldo básico.
8. Mediante escrito radicado ante el Hospital Militar Central, el 17 de abril de 2018, la actora solicitó el reconocimiento y pago de los mismos derechos que ahora se reclaman con esta demanda.
9. El Hospital Militar Central dio respuesta negativa a lo solicitado, en el Oficio E-00022-2018004633 del 25 de mayo de 2018.



10. Contra la anterior decisión, la demandante interpuso recurso de reposición, el cual fue confirmando el acto recurrido.

### **1.3. Fundamentos de derecho**

Invocó las previsiones de la Constitución Política de Colombia, artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 113, 123, 189 y 336; asimismo las Leyes 4 de 1992, 100 de 1993, 344 de 1996, 244 de 1995 y 1071 de 2006; y los Decretos 2400 de 1968, 3135 de 1968, 1042 y 1045 de 1978, 2701 de 1988, 1158 de 1994.

Sostiene que, los actos administrativos demandados son nulos porque fueron expedidos con desconocimiento de las normas en que deberían fundarse y porque contienen una insuficiente motivación.

Indica que, después de una histórica conquista laboral lograda por Asemil, el Hospital Militar Central empezó a pagar a sus trabajadores los salarios por trabajo en jornada nocturna, en tiempo extraordinario o en días de descanso obligatorio. Sin embargo, la entidad no ha querido progresar en la aplicación integral de dicho concepto salarial, porque no los considera para la liquidación y pago de otros emolumentos como las vacaciones, las prestaciones sociales y los aportes al sistema integral de seguridad social.

Afirma que, en forma equivocada, el Hospital ha considerado que la existencia del régimen salarial y prestacional especial, establecido en el Decreto 2701 de 1988, excluye la aplicación de las disposiciones complementarias establecidas en las normas que rigen en forma general para los servidores públicos del Estado, y con base en dicha conclusión, se abstiene de aplicar el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 que determina con claridad que los dineros percibidos por concepto de trabajo realizado en jornada nocturna, en tiempo extraordinario o en días de descanso obligatorio, constituyen salario y en consecuencia, debe aplicarse para todos los efectos.

Considera que si bien el Decreto 2701 de 1988 señala en forma taxativa qué factores se tienen en cuenta para liquidar las prestaciones, también lo es que dicho decreto, por ser especial, debe, en lo no previsto, complementarse con las normas que en general rigen para los servidores públicos del país; lo contrario sería tanto como considerar que la especialidad de la norma es excluyente, discriminatoria y contraria al principio de progresividad que rige el derecho al trabajo y especialmente su remuneración.



#### **1.4. Escrito de contestación**

El apoderado de la entidad demandada presentó escrito de contestación en el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Manifestó que los recargos, horas extras, dominicales y festivos laborados por la actora fueron debidamente pagados; empero, dichos emolumentos no están previstos en el Decreto 2701 de 1988 para liquidar las prestaciones sociales.

Al respecto, sostuvo que el hecho de remunerar el servicio no implica considerar una incidencia a la jornada del día dominical y festivo que la Ley no tiene prevista y trasladarla a jornada ordinaria legal.

Finalmente, propuso las excepciones que denominó: “Falta de causa, inexistencia de la obligación y pago” y “prescripción”. También solicitó que, en caso de que se acceda a las pretensiones de la demanda, no se le condene en costas ni agencias en derecho.

#### **2. Trámite procesal**

Con Auto del 18 de marzo de 2019 se admitió la demanda; luego mediante proveído del 06 de diciembre de 2019, se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la cual se llevó a cabo el 19 de febrero de 2020.

En esa oportunidad, se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las allí consignadas, se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de pruebas el día 20 de abril de 2020, pero no se pudo llevar a cabo en virtud de la suspensión de términos que se dio entre los meses de marzo y junio de 2020.

Una vez allegada la documental ordenada, de conformidad con las previsiones del Decreto Legislativo 806 de 2020, con proveído del 24 de agosto de 2020, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, con el fin de dictar sentencia anticipada.

##### **2.1 Alegatos de conclusión del demandante**

El libelista en su escrito de alegaciones finales se ratificó en los argumentos expuestos en el escrito de la demanda.



Agregó que la actora percibe en forma continua y permanente, salarios por trabajo en días de descanso obligatorio y en jornada nocturna, aunque de forma incompleta, porque el Hospital Militar Central paga esos derechos por hora y no por día laborado, y de manera inexplicable, en turnos que son de 12 horas, solamente paga 11.

Indicó que la pérdida salarial y prestacional para la parte accionante es mayor, si se tiene en cuenta que los salarios que percibe por concepto de trabajo en jornada nocturna, en tiempo extraordinario o en días de descanso obligatorio, no son tenidos en cuenta para la liquidación y pago de las prestaciones que percibe y de los aportes al Sistema de Seguridad Social.

## **2.2 Alegatos de la entidad demandada**

Por su parte, el apoderado de la entidad demandada reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, relacionado con que la demandante es empleada pública del Hospital Militar Central, entidad regulada por el Decreto Ley 2701 de 1.988, compendió de carácter especial que establece el régimen prestacional del personal al servicio del Hospital Militar Central, conjunto que señala expresamente los factores de salario para liquidar prestaciones sociales.

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

Aclaró que, al establecer el Decreto Ley 2701 de 1988, la forma de determinar y hallar el ingreso base de liquidación prestacional, se tiene que no le asiste derecho a la parte demandante para que se le reliquiden las prestaciones y las vacaciones por el efecto que puedan causar los factores salariales que pretende se le incluyan, toda vez que el legislador al dictar el decreto en mención no los tuvo en cuenta por la misma razón de las materias que allí incorporó, luego es una norma especial en la que consagró la retroactividad del auxilio de cesantía, de modo que le ofreció a esa prestación un carácter especial frente a los demás servidores públicos.

Informó que la entidad ha efectuado el pago de los recargos nocturnos, dominicales y festivos de conformidad con lo establecido en el artículo 34 y 39 del Decreto 1042 de



1978, en las oportunidades en las cuales se prestó efectivamente el servicio y sobre ese salario pagó los aportes al sistema integral de seguridad social.



Finalmente, señaló que, frente a los efectos en seguridad social, el Hospital ha cotizado con el salario y con los factores establecidos en la ley, por lo que, en caso de existir una eventual condena respecto de la reliquidación de los aportes al sistema integral de seguridad social, deberá tenerse en cuenta la prescripción que se predica de las contribuciones parafiscales.

## CONSIDERACIONES

### 1. Problema jurídico

Se centra en determinar si la demandante tiene derecho a que el Hospital Militar le reliquide y pague el trabajo realizado los domingos y festivos desde su vinculación, teniendo en cuenta días completos y no horas, en los términos que ordena el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, tomando dichos conceptos como base salarial para la liquidación de vacaciones, prestaciones sociales, y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social y parafiscales.

### 2. De lo acreditado en el proceso

El Despacho encuentra demostrados los hechos de la demanda con documentos que se valoran según los artículos 246 y 257 del CGP, dentro de los cuales se resaltan:

- 2.1. Cédula de ciudadanía de la actora, en la que consta que nació el 17 de septiembre de 1968.
- 2.2. Certificación suscrita por la jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa del Hospital Militar Central, en la que consta que la demandante ingresó a la laborar el 05 de enero de 1994 en el cargo de auxiliar de servicios, encontrándose activa para la fecha de expedición, esto es el 03 de marzo de 2020. En ella, igualmente se informa lo siguiente: **i)** Que de acuerdo con las planillas de turnos de enfermería, de lunes a viernes la actora cumple con el horario de la mañana -de 7 am a 1:30 pm-, y turnos rotativos de fin de semana de 7 am a 7:30 pm, con una hora de almuerzo; **ii)** Que los factores salariales para la liquidación y pago de aportes al Sistema de Seguridad Integral de Seguridad Social, a partir de mayo de 2018 son: asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica, primas de antigüedad, ascensional y de capacitación, la remuneración por trabajo dominical o festivo, la remuneración por trabajo suplementario o de horas extras realizado en jornada nocturna y la bonificación por servicios prestados; y **iii)** Que los compensatorios son otorgados por los domingos y festivos laborados.



Finalmente se relacionan la cantidad de horas laboradas, reconocidas y pagadas mensualmente por recargos nocturnos, dominicales y festivos, así como la forma en que son liquidadas.

- 2.3. Desprendibles de las nóminas, en los que consta lo pagado mensualmente a la actora por sus servicios, entre junio de 2013 y diciembre de 2017.
- 2.4. Reporte de semanas cotizadas a Colpensiones, actualizado a 12 de junio de 2018, en el que aparece el Hospital Militar Central como empleador de la actora desde agosto de 1994.
- 2.5. Planillas de turnos realizados por la accionante en los años 2016 a 2018.
- 2.6. Petición radicada por la actora el 17 de abril de 2018, ante el Hospital Militar Central, en la que solicitó el reconocimiento y pago de la totalidad de los salarios causados por trabajar en forma permanente en jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días domingos y festivos; así como la reliquidación con efectos a futuro de las vacaciones y todas las prestaciones sociales (auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, primas, bonificaciones, auxilios y beneficios), incluidos los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, aplicando para el efecto la incidencia de los referidos salarios.
- 2.7. Oficio E-00022-2018004636-HMC id 65844 de 25 de mayo de 2018, mediante el cual el Hospital Militar Central negó a la demandante lo solicitado en la petición referenciada en el numeral anterior.
- 2.8. Recurso de reposición y en subsidio apelación, interpuesto por la accionante el 22 de junio de 2018, contra el Oficio E-00022-2018004636-HMC id 65844 de 25 de mayo de 2018.
- 2.9. Oficio E-00022-2018007214-HMC id 90334 de 17 de agosto de 2018, mediante el cual el Hospital Militar Central confirmó en todas sus partes al acto administrativo recurrido y rechazó por improcedente el recurso de apelación interpuesto por la actora.

### **3. Régimen legal aplicable**

El Hospital Militar Central fue creado a través del **Decreto 2775 del 27 de octubre de 1959**, así:



**“Artículo 1º.** Créase un establecimiento público autónomo con patrimonio propio y personería jurídica, cuyo nombre será Hospital Militar Centro Médico Colombiano de Estudios para Graduados.”

Por su parte, el **Decreto Ley 2701 de 1988**, “por el cual se reformó el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional”, en lo pertinente determinó:

**“Artículo 6º. Jornada de trabajo.** Los empleados públicos y trabajadores oficiales deben prestar sus servicios dentro de la jornada reglamentaria de la respectiva entidad.”

**“Artículo 27. Factores salariales para liquidación de vacaciones y prima de vacaciones.** Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este Decreto, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas:

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

**“Artículo 29. Factores de salario para liquidar prima de navidad.** Para el reconocimiento y pago de la prima de navidad se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

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

**“Artículo 38. Cesantía.** El empleado público o trabajador oficial tiene derecho al reconocimiento y pago del auxilio de cesantía por el tiempo servido a la entidad, equivalente a un (1) mes de la última asignación devengada por cada año de servicio y proporcionalmente por las fracciones de año, tomando como base los factores señalados en el artículo 53 de este Decreto.

(..)”

**“Artículo 53. Factores de salario para liquidación de cesantía y pensiones.** Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

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



- g) Los viáticos que reciban los empleados y trabajadores en comisión, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta (180) días en el último año de servicio.
- h) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-ley 710 de 1978.
- i) La prima de vacaciones.
- j) Las primas y bonificaciones que hubieren sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto-ley 3130 de 1988.”

**“Artículo 54. Factores de salario para liquidar otras prestaciones.** Para determinar el valor de la indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional y del seguro por muerte, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

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

**“Artículo 56. Factores de salario para liquidar prima de servicio.** Para el reconocimiento y pago de la prima de servicio se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

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

Para liquidar la prima de servicio, se tendrá en cuenta la cuantía de los factores señalados en los literales anteriores a treinta (30) de junio de cada año.”

**“Artículo 77. Prescripción.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto, prescribirán en cuatro (4) años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El 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.  
(...)”

Más adelante, el artículo 35 del **Decreto Ley 1301 de 1994** convirtió al Hospital Militar Central en Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, el cual conservó el carácter de establecimiento público del orden nacional, la personería jurídica, autonomía administrativa y el patrimonio propio. Respecto del personal al servicio de dicho instituto señaló:

**“Artículo 88. Régimen salarial del personal.** Los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras y subsidios se regirán por las normas legales que para esta clase de servidores establezca el Gobierno Nacional.

En consecuencia, los empleados públicos y trabajadores oficiales de dichos organismos para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos y subsidios, no se



regirán por las normas establecidas para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional.

**Parágrafo.** Los empleados públicos y trabajadores oficiales, que al entrar en vigencia el presente Decreto se encuentren prestando servicios en el Ministerio de Defensa Nacional y que ingresen al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares o al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, se someterán al régimen salarial establecido para la entidad respectiva.”

**“Artículo 89. Régimen prestacional del personal.** Los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, **quedarán sometidos al régimen de la Ley 100 de 1993. En lo relativo a las demás prestaciones sociales se les aplicará el Decreto-ley 2701 de 1988** y normas que lo modifiquen y adicionen.

**Parágrafo.** En concordancia con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los empleados públicos y trabajadores oficiales que ingresen al instituto de Salud de las Fuerzas Militares o al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se hubieren vinculado al Ministerio de Defensa Nacional o a la Policía Nacional antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 continuarán cobijados por el Título VI del Decreto-ley 1214 de 1990.” (Negrilla del Despacho)

El anterior Decreto fue expresamente derogado en el artículo 65 de la Ley **352 de 1997**, la cual, respecto del régimen de personal, dispuso que las personas vinculadas al Hospital Militar Central tendrían el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales conforme a las normas vigentes, aunque en materia salarial y prestacional debían regirse por el régimen especial establecido por el Gobierno Nacional.

Así mismo, mediante el **Decreto 02 de 1998** se aprobó el **Acuerdo 06 de 1997** por medio del cual la Junta Directiva del Hospital Militar Central adoptó los estatutos de dicha institución, y respecto del régimen salarial y prestacional de sus empleados, contempló:

**“Artículo 23. Régimen Salarial.** 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 24. Régimen Prestacional.** Los empleados públicos y trabajadores del Hospital Militar Central **quedarán sometidos al régimen de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993** y sus normas reglamentarias. **En lo relativo a las demás prestaciones sociales se les aplicará el Decreto-ley 2701 de 1988** y normas que lo modifiquen o adicionen.” (Negrilla del Despacho)

Finalmente, el Decreto **1795 de 2000** por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, señala que el Hospital Militar Central es “Un Establecimiento Público del orden Nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y financiera, con domicilio en Bogotá, D.C”. Este Decreto no modificó el régimen de



personal del Hospital Militar Central, lo cual quiere decir que, en este punto, sigue vigente lo dispuesto en la Ley 352 de 1997 y el Decreto 02 de 1998.

Ahora bien, según lo visto, pese a que el legislador facultó al Gobierno Nacional, para dictar disposiciones especiales relativas al régimen de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos de los servidores del Hospital Militar Central, hasta el momento no se ha desarrollado o proferido reglamentación alguna al respecto, por lo que deberá acudirse a lo normado en el estatuto general aplicable a los servidores del sector central y descentralizado del orden nacional, contenido en el Decreto 1042 de 1978.

Así lo consideró, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto de fecha 09 de marzo de 2000, con ponencia del consejero Dr. Flavio Rodríguez Arce, en el que indicó:

*"(...) mientras se expide por el Gobierno Nacional, el régimen especial en materia salarial para los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados al Hospital Militar - conforme al mandato del artículo 46 de la ley 352 de 1997, debe acudirse a la aplicación de las normas generales que regulan el asunto de la consulta, esto es, del decreto 1042 de 1978, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias por la ley 5ª de 1978, aplicable a los empleos del sector central y descentralizado del orden nacional."*

En igual sentido, se pronunció el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en Sentencia de 19 de abril de 2012, proferida dentro del expediente con radicado No. 08001-23-31-000- 2002-01064-01(0889-10), Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la que aclaró:

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

Despejado lo anterior, tenemos que el **Decreto Ley 1042 de 1978**, regula la jornada laboral y extraordinaria, en los siguientes términos:

**"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.*

*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.”*

**“Artículo 36. De las horas extras diurnas.** *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) *El empleo o del funcionario que va a trabajarlas deberá tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos<sup>1</sup>.*
- 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) *En ningún caso podrán pagarse más de 40 horas extras mensuales<sup>2</sup>.*
- 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.*

<sup>1</sup> Modificado tácitamente por el Artículo 12 del Decreto 660 de 2002; modificado por el Artículo 13 Decreto Ley 10 de 1989 y modificado por el Artículo 9 Decreto 50 de 1981.

<sup>2</sup> Modificado tácitamente por el artículo 12 del Decreto 660 de 2002 y modificado por el artículo 13 Decreto Ley 10 de 1989.



*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.”*

**“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.** *Por razones especiales de servicio podrá autorizarse el trabajo ocasional en días dominicales o festivos.*

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

- a) *Sus empleos deberán tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos<sup>3</sup>.*
- 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.”*

En relación con la forma de retribuir los dominicales o festivos laborados, el Consejo de Estado ha explicado:

---

<sup>3</sup> Modificado tácitamente por el artículo 12 del Decreto 660 de 2002



*“Así pues, el valor de la retribución total por un día festivo laborado se compone de tres factores, si se concede el descanso compensatorio; y de cuatro factores, si no se otorga tal descanso compensatorio así:*

**[1] El valor del trabajo efectivamente realizado en día festivo, que se remunera según el tiempo servido (número de horas).**

**[2] Un recargo del 100% sobre el valor del trabajo realizado.**

**[3] El valor de un día ordinario de trabajo en el que el servidor descansará. (este valor se entiende incluido en la remuneración mensual o quincenal del servidor).**

**[4] Dependiendo del caso, el valor de un día ordinario de trabajo si no se otorgó el descanso compensatorio a que hace referencia el literal anterior.”<sup>4</sup> (Resaltado del Despacho)**

En igual sentido, se pronunció la Alta Corporación, en Sentencia proferida el 25 de septiembre de 2017, dentro del expediente con radicado 25000-23-25-000-2011-00488-01(2908-16), con ponencia del consejero Dr. William Hernández Gómez, en la que complementó:

**“Trabajo ordinario en días dominicales y festivos. -**

*Por su parte, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, regula el trabajo ordinario en días dominicales y festivos, y la forma en que se debe remunerar, de la siguiente manera:*

*“(…) Conforme a la disposición trascrita, el trabajo realizado en días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria y recibe una remuneración diferente a la señalada para el trabajo realizado como suplementario en días hábiles, **que corresponde al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100%, sin perjuicio de la remuneración habitual.***

*Contempla igualmente la norma el derecho a **disfrutar de un día de descanso compensatorio**, cuya remuneración se entiende incluida en el valor del salario mensual y **cuando dicho compensatorio no se concede o el funcionario opta porque se retribuya o compense en dinero** (si el trabajo en dominical es ocasional), la retribución debe incluir el valor de un día ordinario adicional”. (Negrilla fuera del texto original).*

De otro lado, en cuanto a la diferencia fundamental entre trabajo habitual y ocasional, cuando se labora en turnos, dominicales y festivos, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado emitió concepto el 09 de marzo de 2000, dentro del proceso con radicación número 1254, consejero ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce, en el que concluyó:

*“7. La diferencia fundamental entre trabajo habitual y ocasional, cuando se labora en turnos dominicales y festivos, radica en la naturaleza del servicio, de manera que si éste no es susceptible de interrupción sino que debe garantizarse su continuidad en días no hábiles, el trabajo se torna “habitual y permanente”, así quién deba prestarlo no lo haga de manera continua, ya que habitualidad no significa permanencia, sino frecuente ocurrencia, es decir, forma repetida, como es el caso, precisamente, de quien labora por el sistema de turnos.”*

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. CP. Luis Rafael Vergara Quintero Rad. 05001-23-31-000-1998-01841-01. Mayo 18 de 2011, reiterada en sentencias de 17 de octubre de 2017, CP. Sandra Lisset Ibarra. Rad. 66001-23-33-000-2012-00161-01(3605-14).



En esa oportunidad, explicó:

*“En cuanto a los conceptos de habitualidad y ocasionalidad, están referidos a la naturaleza del servicio, de manera que si éste generalmente no es susceptible de interrupción y por tanto debe garantizarse su continuidad y permanencia normalmente todos los días –incluidos, claro está, los no hábiles-, el trabajo se torna en “habitual y permanente”, así quien deba prestarlo no lo haga de manera continua, pues la habitualidad no significa permanencia, sino frecuente ocurrencia es decir forma repetida, como es el caso de quienes laboran en días domingos o festivos, por el sistema de turnos o lo hacen como parte de la jornada ordinaria. Por el contrario, es ocasional si se cumplen determinadas labores por fuera de la jornada ordinaria de manera transitoria y excepcional.”*

Sobre el tema, también se pronunció el Departamento Administrativo de la Función Pública, en Concepto 54541 emitido el 22 de febrero de 2019, en el que precisó:

*“Con respecto al término «habitual» enmarcado dentro de las jornadas ordinarias de trabajo, el tratadista Diego Younes, expresa:*

*«Tal sistema presupone la calificación básica de habitualidad y permanencia de un servicio de trabajo, por oposición a la que recaería sobre un trabajo ocasional, transitorio, ajeno por naturaleza a sistemas o prospectos, determinables en cada caso y sólo para uno, con un ámbito restringido orgánicamente y viable sólo por «razones de servicio».*

*Y es apenas lógico que como habitual se considere un trabajo de tal naturaleza que no puede interrumpirse domingos y festivos, aunque no lo cumplan siempre los mismos empleados, sino se alterne al efecto conforme a un sistema establecido previamente por requerirlo la naturaleza de dicho trabajo».*

*Por su parte la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 13 de agosto de 1998, expediente 21-98, precisa:*

*“«(...) el trabajo habitual u ordinario en dominical y festivo, es aquél que se presta en forma permanente, aun cuando el empleado lo haga por el sistema de turnos, pues la permanencia se refiere a la habitualidad del servicio. (...)»*

*La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo de 11 de diciembre de 1997, expediente 10.079, se pronunció sobre el trabajo habitual y ocasional en días dominicales y festivos, así:*

*«La razón de ser de dicha distinción normativa - se refiere a la remuneración diferente por trabajo habitual u ocasional en días dominicales o festivos - radica en la necesidad de garantizar el derecho fundamental al descanso a quienes laboren con regularidad (que no significa continuidad), en días que para la generalidad a los trabajadores son de descanso obligatorio, pues de no brindar el legislador ese amparo específico, se permitiría la explotación de esos trabajadores, riesgo que no se corre respecto de quienes cumplen esa tarea en domingo de manera excepcional y dentro de las restricciones legales».*

*En consecuencia, cuando el trabajo de los días dominicales o festivos es habitual y permanente, se tiene derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de compensatorio, el cual, debe reconocerse en tiempo a razón de un día hábil dentro de la jornada laboral. Tienen derecho a este reconocimiento todos los empleados de la entidad, independientemente del nivel al que pertenezcan”.*



Por su parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, en Sentencia de 25 de noviembre de 2020, proferida dentro del proceso con radicado No. 11001-33-35-022-2019-00076-01. Magistrado ponente: Dr. Samuel José Ramírez Poveda, explicó:

*“(...) para los empleados que en forma habitual y permanente laboren en entidades del sector salud en dominicales y festivos, como sucede con la parte demandante quien labora para la entidad demandada dominicales y festivos, se encuentran reglados por el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, el cual contempla una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo, por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100% sobre el valor de la labor realizada, así como el disfrute de un día de descanso compensatorio, empero, **para retribuir el trabajo prestado en domingos y festivos debe tenerse en cuenta el tiempo efectivamente prestado en horas**, el cual, será pagado al doble de su valor ordinario.*

*Así las cosas, se labora de forma habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, como retribución el empleado tiene derecho a recibir: i) La remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada día dominical o festivo laborado, es decir un recargo del 100% aparte de la remuneración habitual; y ii) el disfrute de un día de descanso compensatorio.*

*Frente al descanso compensatorio, se debe precisar que el mismo se disfruta por el empleado, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho por haber laborado el mes completo, bajo el entendido que esa remuneración se entiende incluida en la asignación mensual que percibe habitualmente; y cuando dicho compensatorio no se concede o el funcionario opta porque se retribuya en dinero, la retribución será igual al doble de la remuneración correspondiente a un día ordinario de trabajo.” (Resaltado fuera del texto original)*

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

#### **4. Caso concreto**

En el *sub examine* se encuentra acreditado que la demandante ha prestado sus servicios como Auxiliar de servicios en el Hospital Militar Central desde el 05 de enero de 1994 y, para la fecha de presentación de la demanda, se encontraba en servicio activo. Igualmente se encuentra probado y fue aceptado por las partes que la actora trabajaba regularmente los domingos y festivos, circunstancia que, según lo ha señalado el Consejo de Estado, hace que su labor en días de descanso se convierta



en algo habitual, según la rotación de turnos que hubiere sido prevista<sup>5</sup>, por lo que tiene derecho al pago de los salarios y al reconocimiento de los días compensatorios, de conformidad con lo previsto en el Art. 39 del Decreto Ley 1042 de 1978.

También se probó que, el 17 de abril de 2018, la demandante solicitó al Hospital Militar el reconocimiento y pago de la totalidad de los salarios causados por trabajo permanente en jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días de descanso obligatorio (domingos y festivos), así como su incidencia salarial en la liquidación de las vacaciones y todas las prestaciones sociales (auxilio de cesantías, intereses sobre el auxilio de cesantías, primas, bonificaciones, auxilios y beneficios), incluidos los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social (salud, pensiones y riesgos profesionales) y de parafiscalidad.

El Hospital Militar Central dio respuesta negativa a lo solicitado, en el Oficio E-00022-2018004633 del 25 de mayo de 2018, decisión contra la cual se interpuso recurso de reposición, que fue resuelto en el Oficio E-00022-2018007214-HMC id 90334 de 17 de agosto de 2018, confirmando en todas sus partes el acto recurrido y rechazando la apelación.

Definido lo anterior, advierte el Despacho que, con la Certificación suscrita por la jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa del Hospital Militar Central, se encuentra demostrado que la actora, cumple con el horario de la mañana -de 7 am a 1:30 pm-, esto es 6 horas y media diarias de lunes a viernes; y turnos rotativos los fines de semana -de 7 am a 7:30 pm con una hora de almuerzo-, es decir 11 horas y media diarias, para un total de 44 horas semanales, tiempo que no supera la jornada máxima permitida según el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, por lo que no se causaron horas extras a su favor.

En esa misma certificación, se relacionaron la cantidad de horas laboradas, reconocidas y pagadas mensualmente a la actora por recargos nocturnos, dominicales y festivos, para el periodo comprendido entre febrero de 2013 y diciembre de 2018, información que además se corrobora con los desprendibles de las nóminas correspondientes a los años 2013 a 2017, documentales en las que se evidencia que las horas trabajadas en días de descanso obligatorio le fueron remuneradas con el doble del valor de la hora ordinaria, según lo estipula la norma.

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: Dr. Jaime Moreno García. Sentencia de 28 de febrero de 2008. Radicación número: 05001-23-31-000-1998-02182-01(0268-06).



Aunado a ello, la parte actora no especificó ni demostró alguna inconsistencia en el valor que le fue pagado, *máxime* cuando, como quedó visto, la remuneración de ese tiempo suplementario se efectúa por horas y no por día completo como se interpreta en la demanda.

En efecto, cuando el artículo 39 del Decreto ley 1042 de 1978 reconoce “*una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado*”, hace referencia al cumplimiento de la jornada legal **completa** en los domingos o festivos, por lo que, a juicio del Despacho, la liquidación efectuada por la entidad demandada se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico, razón por la que negará la pretensión de reliquidación y pago de la asignación mensual.

Ahora bien, tal como se indicó en el acápite anterior, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 27, 29, 53 y 54 de la Ley 2701 de 1988, la remuneración por trabajo en horas extras, trabajo suplementario, y días de descanso obligatorio (domingos y festivos), no constituyen factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales<sup>6</sup>, por lo que, también se negará esta pretensión.

En cuanto a la incidencia en las cotizaciones al sistema integral de seguridad social, tenemos que, si bien es cierto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 del Decreto Ley 2701 de 1988, el trabajo suplementario o en días de descanso obligatorio no es factor de salario para liquidar las pensiones, esto se debe a que, como se explicó previamente, dicha norma especial no reguló nada relacionado con ese tipo de remuneraciones, lo cual generó la necesidad de acudir a la norma general de los empleados públicos, esto es, a los Decretos 1042 y 1045 de 1978, que sí lo contemplaron, en sus artículos 42<sup>7</sup> y 45<sup>8</sup>, respectivamente.

---

<sup>6</sup> Sobre el tema ver, entre otras, la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Segunda. Subsección “A”, proferida el 30 de mayo de 2019. Magistrado ponente: Dr. Néstor Javier Calvo Chaves. Expediente N° 11001-3342-051-2017-00212-01.

<sup>7</sup> **Decreto 1042 de 1978:** “**Artículo 42. De otros factores de salario. Además de** la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del **valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio**, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

(...)”

<sup>8</sup> **Decreto 1045 de 1978:** “**Artículo 45. De los factores de salario por la liquidación de cesantía y pensiones.** Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

(...)

c. Los dominicales y feriados;

d. Las horas extras;

(...)

l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;

(...)”



Aunado a lo anterior, se encuentra probado que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994), la actora tenía tan solo 25 años de edad y por más de 3 años de cotizaciones, por lo que no es beneficiaria de la transición dispuesta en el artículo 36 *ibídem*<sup>9</sup>, razón por la cual no le es aplicable el régimen pensional especial dispuesto en el Decreto Ley 2701 de 1988.

Además, tanto el artículo 89 del Decreto Ley 1301 de 1994, como el artículo 24 del Decreto 02 de 1998, antes transcritos, enfatizan en que los empleados públicos y trabajadores del Hospital Militar Central quedarían sometidos al régimen de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, y solo respecto de **las demás** prestaciones sociales se les aplicaría el Decreto Ley 2701 de 1988.

Por consiguiente, considera el Despacho que a la actora le son aplicables las disposiciones que regulan el régimen general de seguridad social, y así lo entendió el Hospital Militar Central, pues a partir del mes de abril de 2018, empezó a incluir la remuneración por trabajo dominical o festivo, y la remuneración por trabajo suplementario o de horas extras realizado en jornada nocturna, en la liquidación de los aportes al sistema de sus servidores.

Ahora, a través del Decreto **691 de 1994** se incorporaron los servidores públicos al sistema general de pensiones, en los siguientes términos:

**“Artículo 1º. Incorporación de servidores públicos.** Incorporase al sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los siguientes servidores públicos:

- a) **Los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional**, departamental, municipal o Distrital, así como de sus entidades descentralizadas, y
- b) Los servidores públicos del Congreso de la República, de la rama judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República.

**Parágrafo.** La incorporación de los servidores públicos de que trata el presente decreto se efectuará sin perjuicio de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, Decreto 314 de 1994 y Decreto 1359 de 1993 y las normas que los modifiquen y adiciones.” (Resaltado del Despacho)

**“Artículo 2º. Vigencia del sistema general de pensiones para los servidores públicos. El sistema general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, comenzará a regir para los servidores públicos del orden nacional incorporados mediante el artículo 1º de este decreto, el 1º de abril de 1994.**

---

<sup>9</sup> “Artículo 36. Régimen de Transición. (...)”

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. (...)”



*El sistema general de pensiones para los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha en que así lo determine el respectivo gobernador o alcalde. La entrada en vigencia podrá hacerse de manera gradual para determinados servidores públicos teniendo en cuenta, entre otros factores, la capacidad económica del organismo o entidad territorial y las proyecciones actuariales.”* (Resaltado del Despacho)

Posteriormente, el **Decreto 1158 de 1994**, modificó el artículo 6 del Decreto 691 de 1994 y estableció:

*“Artículo 1º. El artículo 6 del Decreto 691 de 1994, quedará así:*

*"Base de cotización".*

*El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:*

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

Con base en lo anterior, es claro que, desde el 01 de abril de 1994, para efectuar los descuentos de salud y pensión, las remuneraciones por trabajo suplementario o de horas extras y por trabajo realizado en jornada nocturna, son factores para incluir. Así lo consideró el Departamento Administrativo de la Función Pública en el **Concepto 055111 de 16 de febrero de 2021**, relacionado con los factores que se deben tener en cuenta para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los Empleados Públicos.

De otra parte, respecto del cálculo y pago de aportes parafiscales, la **Ley 21 de 1982**, preceptúa:

*“Artículo 17. Para efectos de la liquidación de los aportes al régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Escuela Superior de Administración Pública, (ESAP), Escuela Industrial e Institutos Técnicos, se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de Ley y convencionales o contractuales.”*

Sobre el tema, el Departamento Administrativo de la Función Pública profirió el **Concepto Marco 10 de 16 de noviembre de 2018**, “Base para la liquidación de aportes parafiscales”, en el que aclaró:



*“(...) la base para liquidar los aportes parafiscales es la nómina de salarios, entendiendo por tal, la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral.*

*Al respecto, es importante señalar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de estado, en concepto Radicado No. 1156 del 11 de noviembre de 1998, C.P. César Hoyos Salazar, expresó:*

*“1.5. La noción de nómina mensual de salarios para la contribución al ICBF. Como se analizó, el artículo 1o. de la ley 89 de 1988 dispuso que la contribución parafiscal al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar equivale al 3% "del valor de la nómina mensual de salarios" y el parágrafo 1o. de la misma norma remite, para fijar el concepto de nómina mensual de salarios, al artículo 17 de la ley 21 de 1982, el cual dispone que tal nómina equivale a la totalidad de los pagos efectuados por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario "en los términos de la ley laboral, cualquiera que sea su denominación" y los realizados por descansos remunerados por ley o acuerdo convencional o contractual.*

***“Sobre la noción de nómina, para efectos de los aportes de las entidades públicas al régimen del subsidio familiar, al SENA, a la ESAP y a las Escuelas Industriales e Institutos Técnicos, esta Sala, en consulta número 110 de mayo 20 de 1987, interpretó el artículo 17 de la ley 21 de 1982 en armonía con el decreto ley 1042 de 1978, que regula la relación laboral de derecho público.***

***“En este orden de ideas, es preciso acudir al artículo 42 del mencionado decreto ley 1042, el cual dispone que además de la asignación básica fijada para los diferentes empleos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios". Esta norma señala, además, los factores de salario.”** (Subrayado fuera de texto)*

*En el mismo sentido el Consejo de Estado se pronunció en concepto del 27 de noviembre de 1996, Radicado No 923-96, Consejero Ponente: César Hoyos Salazar, al señalar:*

*“1.2 La noción de salario en el régimen de los empleados públicos. De manera general se puede afirmar que el criterio adoptado por la legislación referente a los empleados públicos, fue el de que los pagos retributivos del **servicio tuvieran carácter habitual,** para que constituyeran salario.*

*“Así lo consagró el artículo 42 del decreto ley 1042 de 1978, el cual dispone luego de que el 41 ha determinado la noción de salario en especie: De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución de sus servicios.” (Subrayado y negrita fuera de texto)*

*De acuerdo con las anteriores disposiciones, puede afirmarse que se entiende por salario la suma de los pagos retributivos del servicio con carácter habitual y periódico, tomando como parámetro los elementos consagrados en el artículo 42 del Decreto ley 1042 de 1978<sup>10</sup> en el caso de los empleados públicos.*

*De las normas transcritas y pronunciamientos de las Corporaciones Judiciales anteriores, se concluye que para la liquidación de los aportes parafiscales en el caso de las entidades estatales, la nómina mensual de salarios está constituida por todos aquellos valores que habitual y periódicamente reciba el empleado como retribución por sus servicios. (...)*

<sup>10</sup> 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. (Cita dentro del texto original)



En ese orden de ideas, no cabe duda de que, el trabajo en días dominicales o festivos debe ser objeto de aportes parafiscales; sin embargo, en el *sub lite* no se aportó prueba siquiera sumaria que demuestre omisión del Hospital Militar Central a pagarlos en los términos antes dispuestos, por lo que no se accederá a la pretensión de reliquidación de ese concepto.

Por último, en cuanto a las cotizaciones con destino al sistema de salud, la Sección Segunda, Subsección “C” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>11</sup>, las analizó y concluyó:

*“(…) debe considerarse que, en primer lugar, el artículo 202 de la ley 100 de 1993 establece que la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, “se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico **previo** financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y el empleador o la Nación, según el caso.” Esto quiere decir, que los afiliados tendrán derecho a los servicios médico asistenciales a partir del pago de sus aportes en forma previa, lo que indica que el beneficio o contraprestación por la cotización se recibe a futuro, pero no antes de hacer el aporte. (Subrayado inter texto)*

*En otras palabras, no es procedente efectuar afiliaciones retroactivas, dado que la cotización o aporte se paga en forma previa. En segundo lugar, en el régimen contributivo, el aporte a seguridad social en salud otorga el derecho a la prestación de los servicios médico asistenciales por el periodo de cobertura dispuesto en la ley, y por lo tanto si en su momento el contratista realizó las cotizaciones con destino a salud obtuvo la cobertura en ese momento y se garantizó su derecho, y en consecuencia la Sala observa que se cumplió con la finalidad de los aportes, y en nada cambia la situación el ordenar a la entidad que realice cotizaciones retroactivas.”*

Por ello, siguiendo la anterior orientación jurisprudencial, también se negarán las pretensiones relacionadas con la reliquidación de las cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud.

#### **4.1. Prescripción**

Sobre la figura jurídica de prescripción extintiva de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social se ha pronunciado el Consejo de Estado, al resolver las controversias de “contrato realidad”, cuyos fundamentos son plenamente aplicables al caso bajo estudio.

Ciertamente, en Fallo de tutela de 11 de noviembre de 2015, Radicación No: 11001-03-15-000-2015-02772-00, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, consideró:

“(…)

---

<sup>11</sup> Sentencia de 19 de agosto de 2020. Radicación: 11001-33-42-056-2018-00200-01. Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto.



*En otras palabras, quiere decir lo expuesto que aunque a simple vista se pueda concluir que no es posible ordenar el pago de algunos derechos salariales y prestacionales porque estos se encuentran prescritos al no reclamarse oportunamente; el juez de conocimiento debe estudiar la procedencia o no de la declaratoria de la relación laboral, toda vez que de esta se deriva la existencia de derechos pensionales que son imprescriptibles. (Subraya la Sala)”*

En igual sentido se pronunció la Alta Corporación, en la Sentencia de 04 de febrero de 2016 de la Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

Posteriormente, en la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, Radicado No: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Consejero ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, la Sección Segunda del Máximo Tribunal, dispuso:

*(...) En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)<sup>12</sup>, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.*  
(...)” (Negrilla y subrayado fuera de texto original)

Por tanto, respecto de los aportes efectuados al sistema de seguridad social en materia pensional no opera la prescripción extintiva, ya que ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, de lo que se concluye que pueden ser reclamados y demandados en cualquier tiempo.

## 4.2. Conclusión

Estudiada la demanda, el material probatorio allegado, los alegatos de conclusión, así como los argumentos de hecho y de derecho vertidos en precedencia, el Despacho llega a la conclusión que fue desvirtuada la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, por lo que se declarará su nulidad parcial, únicamente en lo relacionado con la liquidación de los aportes con destino al sistema de seguridad social en pensiones.

---

<sup>12</sup> “Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;

(...)”. (Cita inter texto original)



Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará al Hospital Militar Central, reliquidar el ingreso base de cotización pensional de la demandante, por el período comprendido entre el 01 de junio de 2013 (por no haberse probado lo descontado en períodos anteriores) y el 31 de marzo de 2018 (mes anterior a que la entidad empleadora empezará a cotizar correctamente), incluyendo la remuneración por trabajo suplementario, de horas extras o realizado en jornada nocturna, así como la remuneración por trabajo dominical o festivo que hubiere percibido mensualmente la servidora, y deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para tal efecto, la demandante deberá pagar o completar, según el caso, el porcentaje que le atañe como empleada, por los conceptos mencionados, en el mismo período<sup>13</sup>.

Una vez efectuada la liquidación de las diferencias adeudadas, el valor resultante será indexado de acuerdo al inciso final del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, mediante 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 (Rh), que es lo dejado de percibir por la accionante desde el momento en que se originó la obligación, por el guarismo que resulta 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 inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada aporte pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

#### **4.3. Condena en costas y agencias en derecho**

Finalmente, el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el artículo 188 y el artículo 365 del CGP, establecen la posibilidad de condenar en costas, si hubiere lugar

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en esa providencia se indicó: “(...) en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado (...)”.



a ello; sin embargo, en el caso concreto, no se observa que la parte demandante haya actuado de mala fe, o abusando del ejercicio de sus derechos procesales, o con temeridad; por lo tanto y conforme con lo expuesto no se condenará en costas en esta instancia procesal, máxime cuando las pretensiones se accederán parcialmente.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **FALLA**

**PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial** de los Oficios E-00022-2018004636-HMC id 65844 de 25 de mayo de 2018 y E-00022-2018007214-HMC id 90334 de 17 de agosto de 2018, proferidos por el Hospital Militar Central, en cuanto negaron a la demandante, la reliquidación y pago de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, por trabajo suplementario, en horas extras, en jornada nocturna, así como por trabajo dominical o festivo, según lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al Hospital Militar Central, a cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión de la señora Esperanza Camargo López, identificada con la cédula de ciudadanía N° 39'723.006, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, durante el tiempo comprendido entre el 30 de junio de 2013 y el 31 de marzo de 2018, incluyendo la remuneración por trabajo suplementario, de horas extras o realizado en jornada nocturna, así como la remuneración por trabajo dominical o festivo que hubiere percibido mensualmente la servidora. La demandante deberá pagar o completar, según el caso, el porcentaje que le atañe como empleada, por los conceptos mencionados, en el mismo período, según lo expuesto en la parte motiva.

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

**CUARTO:** Dese cumplimiento a esta sentencia, dentro de los términos previstos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**QUINTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.



**SEXTO: SIN CONDENA** en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

**SÉPTIMO: REMÍTASE** copia de esta providencia, en los términos del artículo 205 del CPACA, modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, a los siguientes correos electrónicos:

[adalbertocarvajalsalcedo@gmail.com](mailto:adalbertocarvajalsalcedo@gmail.com)

[judicialeshmc@hospitalmilitar.gov.co](mailto:judicialeshmc@hospitalmilitar.gov.co)

[ricardoescuderot@hotmail.com](mailto:ricardoescuderot@hotmail.com)

Ejecutoriada la presente providencia **ARCHIVAR** el expediente, previas las constancias de rigor.

**OCTAVO:** Esta providencia **DEBE** incorporarse al expediente digitalizado, organizado en One Drive, ordenando alimentar simultáneamente el sistema de información Justicia XXI y el de la Rama Judicial Web.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**DIANA MARCELA ROMERO BAQUERO**

**JUEZA**

**Firmado Por:**

**DIANA MARCELA ROMERO BAQUERO**

**JUEZ**

**JUEZ - JUZGADO 009 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-**

**SANTAFE DE BOGOTA 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:

**d708abfa87885397bdbd6d2757f710a4fadb466babd962b83aa16e140dc7ef3e**

Documento generado en 16/04/2021 12:48:01 PM



Rad. No. 11001-33-35-009-2018-00569-00  
Demandante: Esperanza Camargo López  
Demandado: Hospital Militar Central  
Pág. No. 29

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**