

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 11001-33-35-009-2017-00186-00
Naturaleza: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: LUZ MARINA RODRÍGUEZ CRUZ
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 Luz Marina Rodríguez Cruz 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. 8014 DIGE.SUAD.UNTH del 10 de Septiembre de 2013, suscrito por el señor Director del Hospital Militar Central, Mayor General (RA) (...), por el Coronel (...) Subdirector Administrativo, por la Doctora (...), Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y por la Doctora (...) Jefe de la Unidad de Talento Humano, con el cual el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** negó el reconocimiento y pago de la totalidad de los descansos compensatorios, causados antes del 20 de agosto de 2010, ordena conceder en tiempo los causados entre el 20 de agosto de 2010 y el 31 de diciembre de 2010 y no reconoce los correspondientes a los años 2011, 2012 y 2013. Fue recepcionado en nuestro domicilio el día siguiente en que fue expedido (11 de septiembre de 2013).*
- 3.2. *La nulidad de oficio 9465DIGE.SUAD.UNTH del 06 de Noviembre de 2013, notificado personalmente el 18 de noviembre de 2013, con el cual el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL**, resolvió el Recurso de Reposición interpuesto contra el oficio descrito en el numeral anterior y confirmó su decisión de negar el reconocimiento y pago de los días de descanso compensatorio reclamados por la servidora pública demandante.*
- 3.3. *Que mi mandante tiene derecho al reconocimiento y pago de un día de descanso compensatorio por cada dominical o festivo laborado desde enero de 2005, sin perjuicio del pago de la remuneración prevista en el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, en razón de la naturaleza del servicio público desarrollado por el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL**.*



- 3.4. Que los días de descanso que el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** reconoce adeudar por el período comprendido entre el 20 de agosto de 2010 y el 31 de diciembre de 2010, deben ser cancelados en dinero y no en tiempo.
- 3.5. Que el salario que se pague por concepto de días de descanso compensatorio debe aplicarse para la reliquidación de todas las prestaciones y demás derechos inherentes a la relación de trabajo, incluidos los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social.
- 3.6. Que desde enero de 2005, la demandada está en mora de reconocer y pagar los derechos que se reclaman con esta demanda, causados a favor de la demandante.
- 3.7. 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:

- 3.8. El reconocimiento y pago en dinero efectivo de los días de descanso compensatorio por el trabajo realizado desde enero de 2005 en días domingos y festivos, según la programación de turnos diaria elaborada por el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL**, sin perjuicio del pago de la remuneración prevista en el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978.
- 3.9. Ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los salarios correspondientes al trabajo realizado en días de descanso obligatorio (domingos y festivos) dejados de cancelar por el Hospital Militar Central, desde el 1º de enero de 2005, con la correspondiente incidencia salarial y con efectos de futuro.
- 3.10. La reliquidación con efectos de futuro y con la permanencia necesaria en el tiempo de todas las prestaciones sociales y demás derechos de origen laboral, incluidos los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social (salud, pensiones y riesgos profesionales) devengados desde el 1º de enero de 2005, teniendo como factor de salario el percibido por concepto de “trabajo realizado en días de descanso obligatorio” y el pago de todas las diferencias que resulten por este concepto.
- 3.11. A pagar el 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.
- 3.12. Al reconocimiento y pago de las costas y agencias en derecho a que haya lugar.”

1.2. Fundamentos fácticos

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones en la demanda y su adición, en síntesis, narró:

1. La actora labora al servicio del Hospital Militar Central desde enero de 2005.



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. Los días de descanso compensatorio, a que tiene derecho la demandante por el trabajo realizado en los días de descanso obligatorio, empezaron a ser reconocidos parcialmente por el Hospital Militar Central, a partir del año 2011. Todos los demás días compensatorios causados a su favor, se adeudan por parte de la entidad demandada.
6. Los días de descanso compensatorio, a partir del 01 de enero de 2005, no se han reconocido y pagado como corresponde según el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, ratificado con las "ordenes semanales" emitidas por el mismo Hospital Militar Central.
7. El pago que la demandante recibió a partir del 01 de enero de 2005 por concepto de subsidio de alimentación, prima de vacaciones, bonificación por recreación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad, fue liquidado con un salario inferior, porque de su base se excluyó el salario pagado por concepto de trabajo en domingos y festivos y el recargo nocturno.
8. Mediante escrito radicado ante el Hospital Militar Central, el 20 de agosto de 2013, 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 8014 DIGE.SUAD.UNTH de 10 de septiembre de 2013.



10. Contra la anterior decisión, la demandante interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto en el Oficio 9645 DIGE,SUAD.UNTH del 06 de noviembre de 2013, confirmando el acto recurrido.
11. Al responder las peticiones el Hospital Militar Central pretendió, en forma extemporánea, otorgar los días de descanso compensatorio en tiempo.

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 el Decreto 1042 de 1978, artículos 39 y 42.

Sostiene que, los actos administrativos demandados son nulos porque fueron expedidos con desconocimiento de las normas en que deberían fundarse y porque es falsa su motivación.

Indica que, el Hospital Militar Central ha negado a sus servidores, que cumplen funciones administrativas, el derecho al descanso compensatorio con el argumento de que el trabajo desarrollado en los domingos y/o festivos les permite completar la jornada máxima legal, interpretación que resulta equivocada, ya que una cosa es la jornada laboral y otra muy distinta que el trabajador deba renunciar al derecho a su descanso obligatorio, por orden del empleador,

Informó que gracias a Asemil, el Hospital Militar Central empezó a reconocer, a partir de enero de 2011, lo ordenado en la Ley respecto de descanso compensatorio, quedando pendiente lo causado antes.

Afirma que, la interpretación sistemática de las normas que regulan el tema, la doctrina y la jurisprudencia, permiten concluir que la administración, en forma autónoma puede programar y otorgar el descanso compensatorio dentro de los 30 días calendario siguientes a su causación y que, si no lo hace en ese período, entonces la autonomía es del trabajador para escoger el disfrute del día o el pago en dinero de este.

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 a la actora se le aplican los acuerdos colectivos con el alcance señalado en el Decreto 160 de 2014, dado el carácter legal y reglamentario de la relación de trabajo que sostiene con el Hospital.

Indicó que el trabajo dominical o festivo que se preste en forma ocasional se compensa con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero a elección del funcionario, entonces cuando la labor se desarrolle en tales días y con carácter transitorio -no habitual- y si no depende de la naturaleza del servicio se requiere autorización escrita de conformidad con la Ley y con fundamento en la Circular No. 041. Con todo solo procedería ese pago para los servidores que desempeñen empleos del nivel técnico hasta el grado 24 o nivel asistencial hasta el grado 32.

Concluyó que no existe fundamento para decretar la nulidad de los actos administrativos demandados y, por ende, no se presenta argumento alguno para ordenar el reconocimiento y pago de los descansos compensatorios respecto de los días dominicales y festivos laborados desde el año 2005 y hasta el mes de diciembre de 2010, por efectos de la prescripción y porque según los reportes de nómina del Hospital, desde el 1 de enero de 2011 viene pagando ese beneficio cuando existe la prestación efectiva del servicio.

Finalmente, propuso las excepciones que denominó: “Falta de causa, inexistencia de la obligación y pago”, “prescripción”, “caducidad” y “falta de agotamiento de la vía gubernativa”.

2. Trámite procesal

Mediante providencia del 04 de septiembre de 2017, el Despacho rechazó la demanda de la referencia al considerar que había ocurrido el fenómeno de la caducidad.

Contra la anterior decisión la parte accionante interpuso recurso de apelación, que fue desatado mediante Auto del 01 de noviembre de 2018, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda, Subsección “D”, con ponencia del Dr. Israel Soler Pedroza, en el que revocó el proveído impugnado.

El 08 de abril de 2019, en obediencia y cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y una vez subsanada, se admitió la demanda. Posteriormente, el 02 de septiembre de 2019, el Despacho admitió la reforma de esta.



Luego mediante proveído del 03 de febrero de 2020, 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 09 de marzo de 2020.

En esa oportunidad, se resolvieron las excepciones propuestas, se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las allí consignadas. También, se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia de pruebas el día 04 de mayo 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 noviembre de 2020, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, con el fin de dictar sentencia anticipada.

2.1 Alegatos de conclusión de la demandante

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

Agregó que, de conformidad con las planillas allegadas por la demandada, al dar contestación a la demanda, y el contenido de la certificación laboral allegada al expediente, es claro que, los días compensatorios reclamados, no han sido reconocidos ni pagados en su totalidad y los que eventualmente reconoció, no cuentan con la precisión que permita señalar qué día aparentemente “compensa”, a pesar de estar demostrado que hay numerosos días domingos y festivos trabajados por la demandante, en forma permanente según la programación que hace el Hospital.

Señaló que, históricamente el Hospital Militar Central, se abstiene de incluir en la base salarial para liquidar sus derechos prestacionales, la remuneración que perciben los trabajadores por concepto de trabajo en domingos y festivos, con el argumento de que el Decreto 2701 de 1988 no consagra dicha posibilidad. La lectura exegética de dicho decreto en principio permitiría una afirmación como esa; no obstante, se debe tener en cuenta que el Decreto 2701 de 1988 no es la disposición que regula el concepto salarial para los servidores públicos, sino la norma general como lo es el Decreto 1042 de 1978. Los salarios de los trabajadores al servicio del Hospital Militar Central se pagan con base en las normas generales que cada año emite el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 4 de 1992. Las demás disposiciones (como el Decreto 2701 de 1988), son complementarias; en este caso, solamente para regular el régimen



prestacional (no salarial) de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales o comerciales del estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional.

2.2 Alegatos de la entidad demandada

El apoderado de la entidad demandada presentó escrito de alegatos de conclusión, por fuera del término legalmente concedido para ello, razón por la que no serán tenidos en cuenta por el Despacho.

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, 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 21 de septiembre de 1969.
- 2.2. Certificación suscrita el 26 de julio de 2013, por la jefe de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central, en la que consta que la demandante ingresó a laborar el 01 de marzo de 1993, en el cargo de auxiliar de servicios. En ella, igualmente se relacionan los valores devengados y pagados durante los años 2005 a 2010, de acuerdo con los registros de nóminas.
- 2.3. Certificación suscrita el 26 de julio de 2013, por la jefe de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central, en la que se informan los recargos nocturnos, dominicales y festivos, devengados y pagados a la actora desde el 01 de enero de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2010, de acuerdo con los registros de nóminas.



- 2.4. Certificación suscrita el 26 de julio de 2013, por la jefe de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central, en la que se relacionan los dominicales y festivos laborados durante los años 2005 a 2010, de acuerdo con las planillas correspondientes.
- 2.5. Certificación suscrita por la jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa del Hospital Militar Central, en la que consta que la demandante se encontraba activa para la fecha de expedición, esto es el 06 de octubre de 2020. En ella, igualmente se anuncian los días compensatorios que le fueron otorgados desde enero de 2011 hasta el 30 de agosto de 2020.
- 2.6. Certificación suscrita el 06 de octubre de 2020, por la jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa del Hospital, en la que constan los valores devengados y pagados por todo concepto, incluidos recargos nocturnos, dominicales y festivos, desde enero de 2011 hasta el 30 de septiembre de 2020.
- 2.7. Desprendibles de las nóminas, en los que consta lo pagado mensualmente a la actora por sus servicios, entre el 01 de junio de 2005 y el 30 de diciembre de 2010.
- 2.8. Planillas de turnos realizados por la accionante en los años 2016 a 2019.
- 2.6. Petición radicada por la actora el 20 de agosto de 2013, ante el Hospital Militar Central, en la que solicitó el reconocimiento y pago de los días de descanso compensatorio, por el trabajo realizado en domingos y festivos desde el año 2005; así como la reliquidación con efectos a futuro de las vacaciones y todas las prestaciones sociales, incluidos los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, aplicando para el efecto la incidencia del trabajo suplementario.
- 2.7. Oficio 8014 de 10 de septiembre de 2013, mediante el cual el Hospital Militar Central negó a la demandante, por prescripción, lo solicitado en la petición referenciada en el numeral anterior. Sin embargo, le indicó que en el período comprendido entre el 20 de agosto y el 31 de diciembre de 2010 fueron causados 8 días de descanso compensatorio, los cuales serían programados para su descanso dentro del los 60 días siguientes.
- 2.8. Recurso de reposición parcial, interpuesto por la accionante el 17 de septiembre de 2013, contra el Oficio 8014 de 10 de septiembre de 2013.



2.9. Oficio 9645 DIGE-SUAD-UNTH de 06 de noviembre de 2013, mediante el cual el Hospital Militar Central confirmó en todas sus partes al acto administrativo recurrido.

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 pesos¹.*
- b) *El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.*

¹ 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.



- 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 mensuales².*
- e) *Si el tiempo laboral fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo.”*

“Artículo 37. De las horas extras nocturnas. *Se entiende por trabajo extra nocturno el que se ejecuta excepcionalmente entre las 6 p.m. y las 6 a.m., del día siguiente por funcionarios que de ordinario laboran en jornada diurna. Este trabajo se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento sobre la asignación básica mensual.*

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

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

“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 pesos³.*
- 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.

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

³ Modificado tácitamente por el artículo 12 del Decreto 660 de 2002



- 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:

“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.”⁴ (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

⁴ 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).



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.”

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 laborado como Auxiliar de servicios en el Hospital Militar Central desde el 01 de marzo de 1993 y,



para la fecha de presentación de la demanda, se encontraba en servicio activo. Igualmente se encuentra probado que la actora trabaja 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 prevista⁵, 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 20 de agosto de 2013, la demandante solicitó al Hospital Militar el reconocimiento y pago de la totalidad de los salarios causados por trabajo permanente días de descanso obligatorio (domingos y festivos), así como su incidencia salarial en la liquidación de todas las prestaciones sociales, incluidos los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social.

El Hospital Militar Central dio respuesta negativa a lo solicitado, en el Oficio 8014 de 10 de septiembre de 2013, decisión contra la cual se interpuso recurso de reposición, que fue resuelto en el Oficio 9645 de 06 de noviembre de 2013, confirmando en todas sus partes el acto recurrido.

Definido lo anterior, advierte el Despacho que, en las certificaciones expedidas por el Hospital Militar Central, se relacionaron los dominicales y festivos devengados y pagados a la actora desde el 01 de enero de 2005 hasta el 30 de septiembre de 2020, información que además se corrobora con los desprendibles de las nóminas, 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.

Aunado a ello, la parte actora no especificó ni demostró alguna inconsistencia en el valor que le fue pagado, por lo que, a juicio del Despacho, la liquidación efectuada por la entidad demandada se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico.

En este punto, debe establecerse el momento en que efectivamente fue interrumpida la prescripción, para lo cual considera el Despacho que no es procedente aplicar el término dispuesto en el artículo 77 del Decreto 2701 de 1988, en razón a que el derecho a la compensación del trabajo en días dominicales y festivos a favor de la actora como empleada del Hospital Militar Central, se concede en virtud de lo estipulado en el régimen salarial y prestacional consagrado en el Decreto 1042 de

⁵ 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).



1978, y por ende, en aras de no desconocer la inescindibilidad del régimen, debe darse aplicación a la prescripción trienal establecida en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969. Así lo señaló el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda- Subsección C, en Sentencia proferida el 25 de noviembre de 2020, relacionada anteriormente.

Así las cosas, como la petición de reconocimiento y pago de los compensatorios fue presentada por la demandante el 20 de agosto de 2013, es claro que los que se hubieren causado con anterioridad al **20 de agosto de 2010** se encuentran prescritos, excepto aquellos relativos a cotización en pensión como más adelante se analizará.

Ahora bien, según lo visto, los compensatorios originados entre el 21 de agosto y el 31 de diciembre de 2010 fueron reconocidos por el Hospital Militar en el Oficio 8014 de 10 de septiembre de 2013, y obra certificación en la que consta que a partir del 01 de enero de 2011 la demandante descansó un día por cada día trabajado en domingos y festivos, sin que en este proceso se haya demostrado que no fueron disfrutados o que la actora causó más de los que le fueron reconocidos.

Además, no es posible acceder a la pretensión relacionada con el pago en dinero de los días compensatorios pues, como quedó visto, esa opción es para aquellos empleados que laboran ocasionalmente dominicales o festivos⁶, que no es el caso de la accionante que debía trabajar habitualmente en esos días.

De otra parte, 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 constituye factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales⁷, 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

⁶ Consejo de Estado. 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.

⁷ 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.



empleados públicos, esto es, a los Decretos 1042 y 1045 de 1978, que sí lo contemplaron, en sus artículos 42⁸ y 45⁹, respectivamente.

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 24 años de edad y no completaba 15 años de cotizaciones, por lo que no es beneficiaria de la transición dispuesta en el artículo 36 *ibídem*¹⁰, 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 trascritos, 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.

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

⁸ 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.
(...)”

⁹ 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;
(...)”

¹⁰ “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. (...)”



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 adicionen.” (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.

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.

Por último, en cuanto a las cotizaciones con destino al sistema de salud, la Sección Segunda, Subsección “C” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹¹, las analizó y concluyó:

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



“(..) 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:

“(..)
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)¹², 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.

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 enero de 2005 y el 30 de diciembre de 2010 (único período en el que se encuentra probado lo descontado con destino a seguridad social), incluyendo 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

¹² “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)



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 período¹³.

Una vez efectuada la liquidación de las diferencias adeudadas, el valor resultante será indexado de acuerdo con el 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 a ello; sin embargo, en el caso concreto, no se observa que la entidad demandada 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,

¹³ 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 (...)”.



FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de los Oficios 8014 de 10 de septiembre de 2013 y 9645 de 06 de noviembre de 2013, 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 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 Luz Marina Rodríguez Cruz, identificada con la cédula de ciudadanía N° 51'986.367, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, durante el tiempo comprendido entre el 01 de enero de 2005 y el 30 de diciembre de 2010, incluyendo 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

judicialeshmc@hospitalmilitar.gov.co

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:

195885e2bc5b8448bdbc22cae296c5cb9266596f1dc5f92cb841c04457ecc86f

Documento generado en 28/05/2021 08:56:55 AM

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