

B748

113 Folios

Señor Juez
VEINTISIETE (27) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
E.S.D.

REF: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE
GINA MARCELA LEÓN HERNÁNDEZ Contra HOSPITAL MILITAR
CENTRAL. Exp. No. 2019-00150. 11001333502720190015000.

COPIA
2019 FEB 11 PM 3:00
SECRETARÍA DE JUSTICIA
OFICINA DE ADMINISTRACIÓN

238000

RICARDO ESCUDERO TORRES, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.489.195 de Bogotá y T.P. No. 69.945 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado especial del HOSPITAL MILITAR CENTRAL, según poder otorgado por el Dr. MIGUEL ÁNGEL TOVAR HERRERA en su condición de Jefe Encargado de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad Descentralizada Adscrita del Sector Defensa (Hospital Militar Central), como se acredita con la Resolución No. 257 de fecha 2 de abril de 2.019 y la Resolución No. 048 de fecha 23 de enero de 2.018, documentos que acompaño con la presente, con todo respeto me permito manifestar a Usted que, dentro del término legal, procedo a contestar la demanda de la referencia, así:

SOBRE LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas las pretensiones de la demanda. Niego la acción, hechos y fundamentos de derecho en los cuales se pretende apoyarla.

La demandante se desempeña como 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.

Se pretende el reconocimiento y pago de los salarios causados por trabajo en jornada nocturna y en día de descansos obligatorios domingos y festivos desde enero 1 de 2.013 y su incidencia salarial.

Conviene precisar que ese emolumento no está previsto en el Decreto Ley 2701 de 1.988 y, por lo tanto, que se utilice para liquidar prestaciones sociales. En ese compendió el legislador ejerció sus facultades de configuración y, por ende, la sola condición de salario de un determinado devengo, no es suficiente para tener que tomarlo como factor para liquidar beneficios laborales.

Realizada la anterior aclaración, me permito manifestar que me opongo a la solicitud del reconocimiento y pago de los días domingos y festivos y el pago de recargos nocturnos, horas extras y la reliquidación de las prestaciones sociales, comoquiera que, el Hospital no adeuda suma alguna por esos conceptos, de modo que nada se adeuda, así lo acreditan los comprobantes de nómina que se adjuntaron con la demanda, en donde se verifica que el Hospital ha cancelado esos conceptos y la parte actora no determina con precisión que se le ha dejado de cancelar, por ende, solicita la reliquidación sin precisar qué concepto y que valor se le ha dejado de cancelar, adicionalmente, la demandante

1

2



disfrutó permanentemente de permisos sindicales, según la prueba que se acompaña.

Debe destacarse que los recargos, las horas extras y los dominicales y festivos laborados efectivamente por la demandante fueron debidamente cancelados y el hecho de haberse devengado ese salario, esa sola 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.

En consecuencia, al establecer el Decreto Ley 2701 de 1.988, la forma de determinar y hallar el ingreso base de liquidación prestacional, se tiene que no le asiste derecho a la demandante para que se reliquide 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 de las materias que allí incorporó, 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.

Finalmente, se reitera, 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 pago los aportes al sistema integral de seguridad social. Se destaca que, si la demandante no prestó el servicio, no causa el derecho para percibir la remuneración por trabajo suplementario y dominical y festivo. Frente a los efectos en seguridad social, el Hospital ha cotizado con el salario y con los factores establecidos en la ley.

SOBRE LOS HECHOS

A los hechos 4.1, 4.2, 4.3 y 4.4: Son ciertos.

Al hecho 4.5: No es cierto en la forma como se presenta, los turnos se prestan de conformidad con la programación y en cumplimiento del artículo 34 del Decreto 1042 de 1978.

Al hecho 4.6: Es cierto y por esa razón no se adeuda suma alguna.

Al hecho 4.7: Es cierto, aclarando que para el cumplimiento de sus cometidos la entidad cuenta con un número plural e importante de servidores públicos.

A los hechos 4.8. 4.9 y 4.10: No son ciertos en la forma como se presentan, por cuanto no todo el personal desarrolla sus labores por el sistema de turnos.

Al hecho 4.11: Me atengo al contenido de la disposición legal que se transcribe en el hecho.

Al hecho 4.12: Me atengo al contenido de la disposición legal que se transcribe en el hecho.



Al hecho 4.13: No es cierto en la forma como se presenta, la actora labora los fines de semana de conformidad con la programación de turnos.

Al hecho 4.14: Me atengo al contenido de la disposición legal que se transcribe en el hecho.

A los hechos 4.15 y 4.16: Para mayor precisión manifiesto que me atengo al contenido de los documentos anunciados en los hechos.

A los hechos 4.17, 4.18, 4.19 4.20, 4.21, 4.22 y 4.23: No son hechos, son manifestaciones expresadas en forma global y consideraciones subjetivas que no pueden ser admitidas o negadas por mi mandante.

A los hechos 4.24, 4.25, 4.26, 4.27 y 4.28: No son hechos son pretensiones de la señora apoderada de la actora que no se aceptan. Además, tampoco son ciertos los sucesos que allí se distinguen, puesto que el Hospital ha reconocido en la forma como lo establece la ley el servicio prestado, debe destacarse que se presenta el fenómeno de la prescripción.

Al hecho 4.29: No es un hecho, obedece a una pretensión de la parte actora que no se acepta.

Al hecho 4.30 y 4.31: No son ciertos en la forma como se presenta, además el Hospital se rige por el Decreto 2701 de 1.988, de modo que la simple afirmación no varía la naturaleza jurídica establecida por el legislador.

Al hecho 4.32: No es cierto en la forma como se presenta el Hospital liquida las prestaciones de la actora de conformidad con el Decreto Ley 2701 de 1.988 y con relación al aporte parafiscal incluye esos conceptos.

Al hecho 4.33: No es un hecho son consideraciones de la apoderada de la actora que no se comparten.

Al hecho 4.34: No es cierto.

Al hecho 4.35: No es un hecho, obedece a un fragmento de una decisión en la que se descontextualiza el análisis que allí se consignó.

Al hecho 4.36: Es cierto.

Al hecho 4.37: Me atengo al contenido de la comunicación citada en el hecho.

Al hecho 4.38. Me atengo al contenido del recurso citado en el hecho.

Al hecho 4.39: Me atengo al contenido de la comunicación citada en el hecho.

Al hecho 4.40: Es cierto y me atengo al contenido del acta de la diligencia citada en el hecho.



Al hecho 4.41: Es cierto.

HECHOS Y RAZONES DE LA DEFENSA

1. El Decreto Ley 2701 de 1.988, es una norma especial, ese compendio normativo consagró la retroactividad del auxilio de cesantía y los factores de salario que debían tenerse en cuenta para hallar el ingreso base de liquidación de las prestaciones de los trabajadores de la entidad y, precisamente, esas disposiciones fueron atendidas por el Hospital.

En consecuencia, al establecer el Decreto Ley 2701 de 1.988, la forma de determinar y hallar el ingreso base de liquidación prestacional, se tiene que no le asiste derecho a la demandante para que se reliquiden los conceptos solicitados en la demanda, toda vez que el legislador al dictar el decreto en mención no los tuvo en cuenta por la misma especialidad de la prestación.

2. En el hecho de no ser factor salarial las horas extras, los recargos nocturnos, los dominicales y los festivos para liquidar las prestaciones sociales de los servidores del Hospital Militar Central por no ordenarlo así el Decreto Ley 2701 de 1.988. Por el contrario, el Decreto Ley determina en forma taxativa los factores a tener en cuenta para realizar las liquidaciones respectivas.

Conviene aclarar que la Constitución Nacional en el artículo 150, numeral 19 literal E, determinó que el Congreso Nacional señalará el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

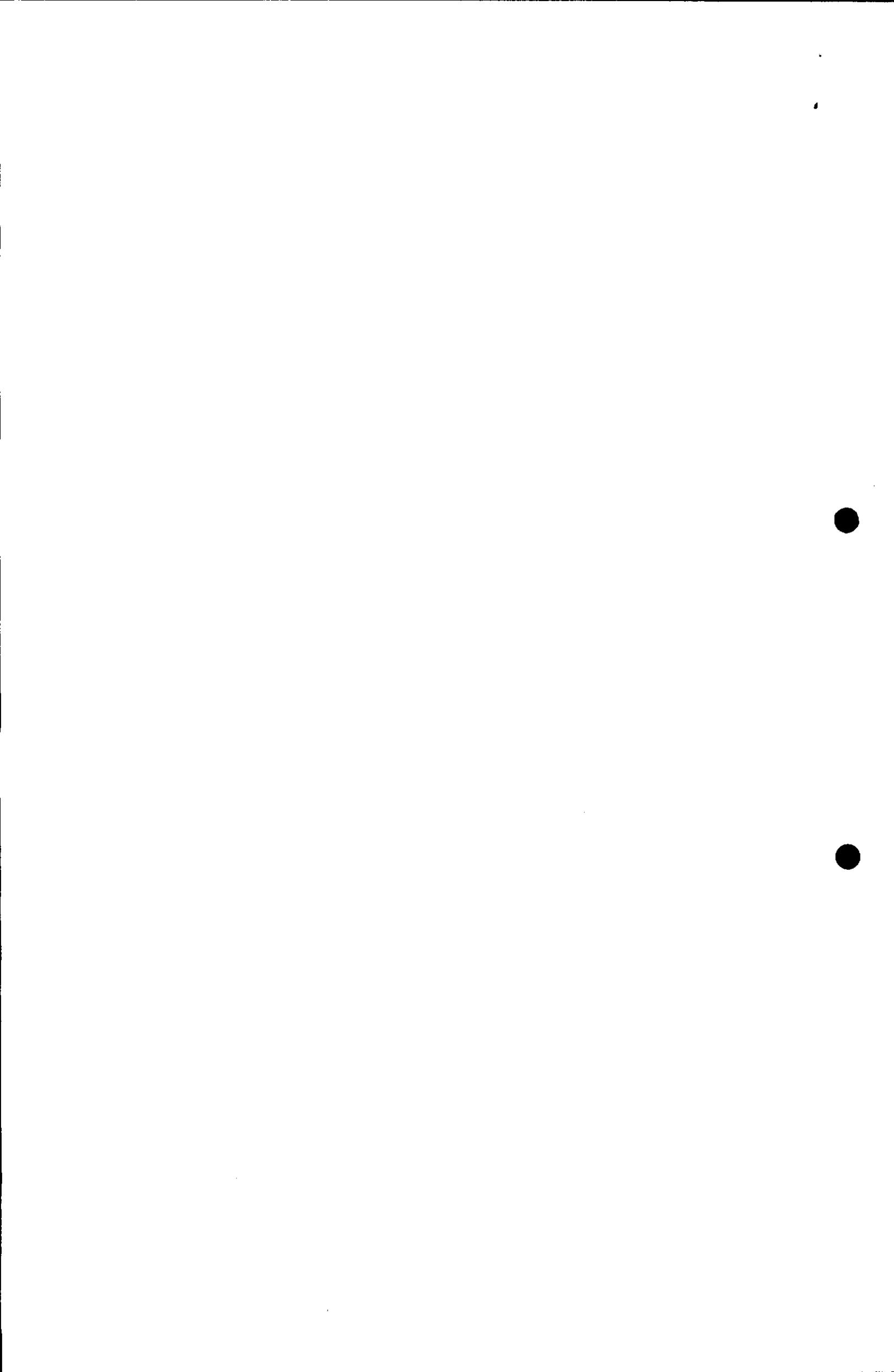
La jornada laboral que por regla general deben cumplir los servidores en el sector público es de 44 horas semanales, distribuidas en secciones diarias de 8 horas de lunes a viernes y 4 horas el día sábado, artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1.978, precepto que determina que la asignación mensual corresponde a ese período de tiempo.

Los días domingos y festivos tiene el carácter de ser días de descanso obligatorio, por lo tanto, la remuneración surge si se presta efectivamente el servicio.

El Decreto Ley 1042 de 1.978 en los artículos 39 y 40 consagró la forma de remunerar el trabajo en días dominicales y festivos teniendo en cuenta criterios de habitualidad, permanencia u ocasionalidad en que se preste el servicio.

Entonces, la forma de remunerar el servicio, es distinta a considerar una incidencia a la jornada del día dominical y festivo que la ley no tiene previsto y trasladarla a la jornada ordinaria legal.

Si bien es cierto que el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, menciona que los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales y festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de



descanso compensatorio, tal como lo ha venido reconociendo el Hospital siempre y cuando se hubiese prestado el servicio en los mencionados días.

Conviene igualmente destacar que la actora pretende el reconocimiento y pago de los días domingos y festivos y la reliquidación de las prestaciones sociales por el efecto salarial de ese emolumento; no obstante, se debe destacar que es necesario verificar la prestación efectiva del servicio, sin embargo el hospital los cancelo en su oportunidad y su naturaleza no implica que sean factor de salario conforme lo establece el decreto 2701 de 1.988, así mismo se destaca que cualquier derecho se encuentra extinguido por el fenómeno jurídico de la prescripción.

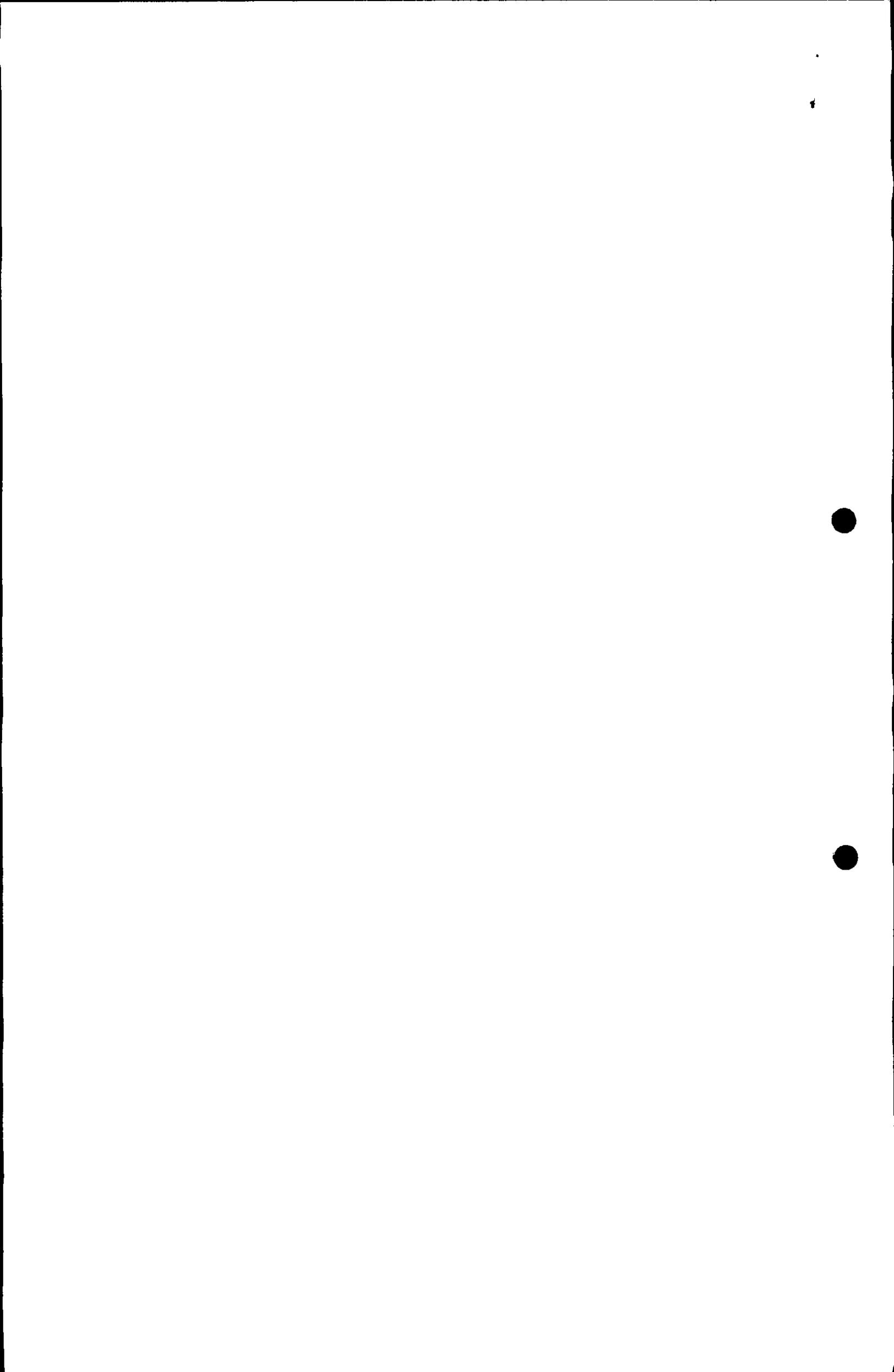
Con todo debe recordarse que la actora se le aplican los acuerdos colectivos con el alcance señalado en el Decreto 160 de 2.014, dado el carácter legal y reglamentario de la relación de trabajo que sostiene con el Hospital.

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

Resulta pertinente recordar las enseñanzas transmitidas por el H. Consejo de Estado -Sala de Consulta y Servicio Civil- radicado No. 1.254 de marzo 9 de 2.000, oportunidad en la cual se refirió a los conceptos relativos a la habitualidad y a la ocasionalidad, en los siguientes términos: *"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 lo 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 de forma repetida, como es el caso de quienes laboran en días dominicales 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".

Esa misma Corporación en sentencia del 13 de agosto de 1.998, radicado 21-98 se refirió frente a la habitualidad, indicando: *"... el trabajo habitual y ordinario en dominical y festivo, es aquel que se presta en forma permanente aun cuando el empleado lo haga por el sistema de turnos pues la permanencia se refiere es a la habitualidad del servicio como sería el que se presta en un hospital..."*



Ese criterio es similar al que ha venido siguiendo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

De lo expresado se desprende que no existe fundamento para decretar la nulidad de los actos administrativos demandados y, por ende, que no se presenta argumento alguno para tener como factor salarial las horas extras, recargos nocturno y trabajo en dominicales y festivos.

Finalmente, es pertinente anotar que ese factor de salario no lo establece el Decreto Ley 2701 de 1.988.

Entonces, no existe fundamento para solicitar ese beneficio salarial y mucho menos a partir del 1 de enero de 2.013, comoquiera que el Hospital lo reconoce en la medida que se presta el servicio de modo que no existe el efecto futuro como en forma imprecisa lo implora la parte actora.

PRUEBAS

Con el fin que se decreten, practique y se tengan como tales, solicito las siguientes pruebas:

1. DOCUMENTOS

- a. Poder conferido, junto con la Resolución No. 257 de fecha 2 de abril de 2.019 y la Resolución No. 048 de fecha 23 de enero de 2.018.
- b. Certificación Laboral en la cual se discrimina el cargo, los extremos laborales y los valores devengados desde el 30 de enero de 2.013 al 30 de julio de 2.019 incluyendo los recargos nocturnos, dominicales y festivos laborados, así como los factores de salario tenidos en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales, vacaciones, primas bonificaciones entre otros.
- c. Copia de las planillas de programación de turnos desde el año 2.013 a enero de 2.019.
- d. Copia de una sentencia a título informativo, sobre el mismo tema, en la cual el H. Consejo de Estado indicó que las prerrogativas solicitadas por el demandante no eran factor de salario conforme al Decreto Ley 2701 de 1.988.
- e. Copia de una sentencia a título informativo, en la cual se debatió el trabajo suplementario y su incidencia prestacional para los empleados del Hospital Militar.

INFORME ESCRITO BAJO LA GRAVEDAD DE JURAMENTO E INSPECCIÓN JUDICIAL CON EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS

Respecto de estas pruebas, considero que para el caso materia de controversia resultan inconducentes, impertinentes y superfluas, toda vez que lo que se debate en el presente proceso son aspectos de derecho y no situaciones que ameriten ser acreditadas por este medio probatorio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Decreto Ley 2701 de 1.988 y Ley 1042 de 1.978.

EXCEPCIONES

COMO EXCEPCIONES DE FONDO O DE MÉRITO, propongo las siguientes:

FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y PAGO: No le asiste derecho al actor respecto de las pretensiones solicitadas en la demanda, toda vez que el Hospital Militar Central procedió conforme a las disposiciones legales que, verificó la prestación efectiva del servicio y, en todo, caso, estableció que la presencia de la prescripción trienal sobre las pretensiones incorporadas en la demanda. Debe precisarse que de acuerdo con las nóminas que se acompañan se establece que el Hospital reconoció y pagó los dominicales y festivos que laboró la demandante.

PRESCRIPCIÓN: En haber recaído sobre los presuntos y eventuales derechos reclamados en la demandada el fenómeno extintivo de la prescripción trienal, puesto que se reclama un derecho desde el año 2.013 y esos efectos prestaciones, luego a simple vista se observa que están extinguidos.

COMPENSACIÓN: En el evento que se llegase a considerar que el Hospital debe realizar las cotizaciones a pensiones teniendo en cuenta el valor de los dominicales y festivos y de los recargos nocturnos -debidamente laborados por la parte actora-, se deberá considerar que el Hospital pagó esos aportes con fundamento en el artículo 53 del Decreto Ley 2701 de 1.988, luego no existe ningún sentimiento de querer incurrir en incumplimiento legal alguno, por ende, se deberá ordenar el pago de los aportes en la proporción que establece la ley, de modo que aparece el soporte para ordenar que la parte demandante compense esa obligación legal, ante las razones legales que el Hospital verifica -artículo 53 del Decreto Ley 2701 de 1.988 - y ello implicó que incurriera en la omisión que se juzga a través del presente informativo.

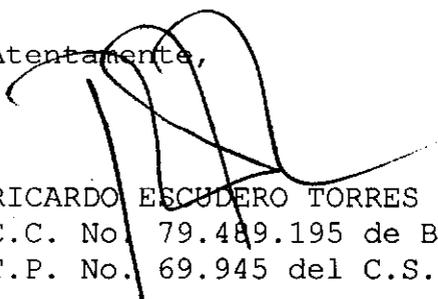
LA GENÉRICA: Que por no requerir formulación expresa deberá ser declarada de oficio por el Juzgado.

NOTIFICACIONES

El Hospital Militar Central recibirá notificaciones en la Secretaría de su Despacho o en la Transversal 3 No. 49-00 (02), de esta ciudad o al correo electrónico judicialeshmc@hospitalmilitar.gov.co

El suscrito las atenderá en la Secretaría de su Despacho o en la Carrera 7 No. 32-33 Piso 29 de esta ciudad o al correo electrónico ricardoescuderot@hotmail.com

Atentamente,


RICARDO ESCUDERO TORRES
C.C. No. 79.489.195 de Bogotá
T.P. No. 69.945 del C.S.J.

