



JUZGADO DIECISEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Sección Segunda
Carrera 57 N.º 43-91, CAN. Edificio Aydee Anzola Linares, Piso 4º
Correo electrónico: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Microsite: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-16-administrativo-de-bogota>

Bogotá D.C., 23 de febrero de 2023

| Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho | |
|--|---|
| Asunto: | Sentencia de primera instancia |
| Radicación: | Nº 11001-33-35-016-2018-00439-00 |
| Demandante: | MAGDA PATRICIA MONTAÑEZ PÉREZ |
| Demandado: | SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E. |

Tema: Reconocimiento de trabajo suplementario.

1. ASUNTO POR DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado dicta la sentencia de primera instancia, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021 y conforme la siguiente motivación.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones: MAGDA PATRICIA MONTAÑEZ PÉREZ, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E, presentó demanda dentro de la cual solicita que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en el Oficio 20173300018241 de 29 de agosto de 2017 y 20183300066021 de 13 de marzo de 2018.

Adicionalmente, a título de restablecimiento del derecho la demandante pretende que se condene a la demandada, con base en la fórmula (asignación básica Mensual/190 Horas Mensuales) al reconocimiento reliquidación y pago de las horas extras diurnas y nocturnas, recargos diurnos y nocturnos, compensatorios por labores en días de descanso en días ordinarios, dominicales y festivos, al pago de cesantías (ley 1045 de 1978, diferencias entre los demás factores salariales y lo dejado de percibir en los salarios, incluyendo horas extras, así como intereses de mora sobre tales sumas.

2.2. Hechos Relevantes:

- a. La señora Magda Patricia Montañez Pérez, como auxiliar del área en salud en la Unidad la Victoria de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E., solicitó a través de Radicado R-4921 de 13 de julio de 2017, el reconocimiento y pago de horas y trabajo suplementario.
- b. La entidad demandada negó la solicitud a través del Oficio 20173300018241 de 29 de agosto de 2017, contra el cual la demandante interpuso recurso en

sede administrativa, siendo expedido el acto contenido en el oficio 20183300066021 de 13 de marzo de 2018, que confirmó la decisión.

2.3. Normas violadas y concepto de violación:

Como normas violadas se citan en la demanda los artículos primero, sexto, 25 y 53 de la constitución política, como también los artículos 33 y 40 del Decreto 1042 de 1978.

En su concepto de violación, señala que la demandada desconoce las disposiciones constitucionales y legales al exigir de la demandante una carga laboral superior a la legalmente exigida, sin que la misma sea remunerada apropiadamente, como también acusa a los funcionarios públicos de la entidad demandada de vulnerar la normatividad indicada al hacer caso omiso a la forma de liquidar el pago de trabajo suplementario, dejándola de aplicar, valiéndose de su investidura.

También señala que la entidad incumplió las normas de rango legal descritas, ya que omitió aplicar los artículos 33 a 40 del decreto 1042 de 1978 toda vez que no aplicó lo dicho por el Consejo de Estado en sentencia de unificación, quien manifestó que dicho decreto establece la forma correcta de liquidar las horas extras de los empleados del nivel territorial.

2.4. Actuación procesal: La demanda se presentó el 19 de octubre de 2018 y a través de providencia de 8 de abril de 2022, en cumplimiento de la orden impartida por el Tribunal, se admitió la demanda. Asimismo, el 29 de julio de 2022, fue notificada mediante correo electrónico la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La parte demandada contestó en término y mediante auto de 16 de noviembre de 2022 se fijó el litigio y se corrió el respectivo traslado para presentar alegatos conclusivos de manera escrita. (ver archivo 23 del expediente electrónico)

2.5. SINOPSIS DE LA RESPUESTA

2.5.1 Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E.

La entidad contestó la demanda en tiempo, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda por considerar que las afirmaciones de la demandante son insuficientes para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos demandados. También, por cuanto a la demandante se le pagaron y liquidaron por concepto de recargos de horas extras y demás factores salariales pretendidos en la demanda, en el momento en que se causaron.

Como fundamento de lo anterior, señaló que para el pago del salario mensual se toma en cuenta el mes de 30 días, lo que multiplicado por doce (12) meses que componen a un año equivale a 360 días y que la misma regla deba aplicarse para las cotizaciones y liquidaciones de los salarios y demás emolumentos de los empleados. De manera que cuando se aplica la fórmula para la liquidación de los recargos se realiza sobre 240 horas, que por 30 días calendario a razón de 8 horas diarias que se reconocen tanto las laborables como las del descanso legal, arroja el valor de 240 horas pagas al mes, ya que la forma de remuneración de los empleados es mensual. En consecuencia, para la entidad los recargos nocturnos, dominicales y/o festivos se siguen liquidando sobre la base de 240 horas, lo que excluye la viabilidad de las pretensiones de la demanda.

A renglón seguido señaló que de conformidad con el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, la jornada de los empleados públicos es 44 horas semanales, posición que avala la jurisprudencia que citó. En lo que respecta al trabajo dominical y festivo, la demandada trajo a colación los artículos 39 y 40 del mencionado decreto para indicar que respecto del trabajo que se cumple de manera ocasional en dominicales y festivos para que proceda el pago de horas extras el empleado deberá pertenecer

al nivel técnico hasta el grado 09 o al nivel asistencial hasta el grado 19. De la misma manera en relación con las horas extras realizadas de manera ocasional.

Por ello, para la entidad no hay lugar a reconocer ni realizar reliquidaciones de los valores pagados por concepto de recargos nocturnos ordinarios y festivos causados teniendo en cuenta que la normatividad utilizada para realizar los pagos por cada dominical y festivo laborado por la demandante estuvieron realizados a la luz de los artículos 39 y 40 del Decreto 1042 de 1978 y que así mismo se liquidaron los pagos por este concepto, mes a mes, a la demandante.

Por último, la Subred trajo a colación lo señalado por el Consejo de Estado, quien precisó que *“el trabajo suplementario debe ser debidamente autorizado, su pago está sujeto a la expedición de un acto administrativo motivado y que ningún empleado público está autorizado para laborar más de 50 horas extras al mes”*¹. Para terminar indicando que es la parte demandante quien tiene la carga probatoria de indicar las horas extras laboradas.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.6.1 La parte demandante.

Este extremo de la litis guardó silencio.

2.6.2 La parte demandada.

Por su parte, la demandada presentó alegatos de conclusión, visibles en el archivo 24 del expediente digital. Allí realizó una interpretación de lo que a su juicio constituye el problema jurídico para el caso de autos, como también reiteró que la entidad liquida los valores por trabajo suplementario sobre la fórmula de 240 horas, lo cual es concordante con lo normado por el Decreto 1042 de 1978.

También, que las disposiciones del Decreto 1042 de 1978 son aplicables al personal de planta de la entidad y que la misma ha venido realizando las remuneraciones de conformidad con lo establecido en el artículo 39 ídem, razón por la cual no le asiste razón a la demandante, pues el pago del tiempo compensatorio alegado ya se ha concedido y efectuado, y un nuevo pago por este concepto, de prosperar las pretensiones de la demandante, implica doble erogación de la entidad por el mismo concepto.

Por último, luego de citar varios pronunciamientos jurisprudenciales, la demandada solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

2.6.3 Concepto del Ministerio Público: El delegado del Ministerio Público se abstuvo de presentar concepto en el presente caso.

3. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 155 numeral 2º y 156 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011, este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

3.1. Problema Jurídico:

De la manera en que se estableció por auto de 16 de noviembre de 2022, corresponde al despacho determinar si para el caso de autos se deberá declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en el oficio 20173300018241 de 29 de agosto de 2017, y en el oficio 20183300066021 de 13 de marzo de 2018 proferidos por la

¹ Consejo de Estado, Sentencia del siete (7) de junio de dos mil dieciocho (2018), Rad: 76001-23-31-000-2011-00511-01(3471-14)

Subred Centro Oriente con ocasión de la reclamación presentada por la demandante en lo atinente al reconocimiento y pago de trabajo suplementario. También, si como producto de lo anterior debe condenarse a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E., al reconocimiento, reliquidación y pago de jornada adicional como horas extras diurnas y nocturnas, recargos diurnos y nocturnos en jornada ordinaria, dominicales y festivos, compensatorios por labores en días de descanso, así como reliquidación de cesantías, y demás factores y prestaciones sociales como prima de navidad, de vacaciones, de servicios, y la diferencia entre lo devengado y dejado de percibir por dichos conceptos, así como los intereses de mora sobre las sumas adeudadas y no pagadas e indexación de tales valores.

4. NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA APLICABLE AL CASO.

El **Decreto 1042 de 1978**, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la **Ley 5ª de 1978**, es la norma aplicable a los tanto a los empleos del sector central y descentralizado del orden nacional, como a los empleos de entidades del orden territorial por virtud de el artículo 2 de la ley 27 de 1992.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha sostenido que es reiterada la jurisprudencia de la Sección Segunda de esa alta corporación en el sentido de que las normas que rigen la «administración de personal» de los empleados públicos del orden territorial es el contenido en el Decreto Ley 1042 de 1978.² En particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante Concepto 11001-03-06-000-2019-00105-00 de 9 de diciembre de 2019 Magistrado Álvaro Namén Vargas expuso:

“El Decreto 1042 de 1978 aplica para los empleados de la rama ejecutiva en el orden territorial, en materia de jornada de trabajo y trabajo en días de descanso obligatorio, pues la remisión inicial que hizo la Ley 27 de 1992 no solamente mencionó el régimen de carrera administrativa, sino también el régimen de administración de personal, el cual, dentro de una interpretación amplia, comprende así mismo el concepto de jornada de trabajo.”

Esta postura fue reiterada por el artículo 87 inciso segundo de la Ley 443 de 1998, en armonía con el artículo 3º de esta misma ley y, posteriormente, por el artículo 22 de la Ley 909 de 2004.

Dicho esto, es menester indicar que de esa norma se extrae que la jornada laboral se limita a la prestación de los servicios entre los días lunes a sábado y en un máximo de 44 y 66 horas semanales, estableciéndose dentro de ese mismo cuerpo normativo en sus artículos 34 a 40 lo relativo a los recargos nocturnos, las horas extras (diurnas y nocturnas) y, el trabajo ocasional y ordinario en días dominicales y festivos, a cuyo efecto se dispone que el trabajo ocasional ocurre cuando se presta el servicio en día dominical y festivo de manera esporádica, y el ordinario cuando los empleados públicos en razón de la naturaleza de su trabajo deben laborar habitual y permanentemente en dichos días.

Así las cosas, tenemos en cuenta a los recargos nocturnos que el artículo 35³ de la disposición citada establece que para los empleados que presten sus servicios por

2 Sentencia del 17 de agosto de 2006. Exp. 05001-23-31-000-1998-01941-01; Sentencia del 12 de febrero de 2015, exp. 25000-23-25-000-2010-00725-01 y la sentencia del 1 de febrero de 2018.

³ 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

sistema de turnos, cuando en la jornada laboral se incluyan horas diurnas y nocturnas, éstas últimas se remunerarán con recargo del 35%, o podrán compensarse con períodos de descanso. Igualmente, señala en su artículo 39⁴ *Ibidem* que para los días dominicales o festivos se debe cancelar una sobre remuneración del 200%, concluyéndose entonces que el servicio prestado con recargo festivo nocturno debe ser remunerado en un porcentaje de 235%.

Por su parte, las horas extras, es claro que la jornada ordinaria laboral dispuesta por el Decreto 1042 de 1978 es de 44 horas semanales, entendiéndose como hora extra, todo el tiempo que un trabajador labora de manera adicional a dicha jornada; no obstante, el reconocimiento de las horas extras no es absoluto pues se encuentra limitado por el Decreto antedicho al indicar que el trabajo suplementario (i) debe ser autorizado previamente; (ii) su reconocimiento debe hacerse mediante resolución motivada y; (iii) que el empleo al que se le reconozcan las horas extras debe pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19⁵.

De igual forma, el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978⁶ establece que en ningún caso podrán cancelarse más de 50 horas extras mensuales, por lo que, en caso de superarse dicho límite, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio equivalente a un día por cada 8 horas laboradas.

Finalmente, el artículo 39 regula el trabajo ordinario en días dominicales y festivos y la forma en que se debe reconocer, así:

“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 o 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 involucrada en la asignación mensual...”

Así, la norma transcrita contempla que el trabajo realizado en días de descanso obligatorio es catalogado como trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada y bajo dicha circunstancia tiene una remuneración distinta al trabajo realizado en los días de descanso dominical y festivo, cuando este se trate de situaciones habituales y permanentes, o excepcionales.

Respecto del trabajo realizado por fuera de la jornada ordinaria es reconocido con una suma equivalente al doble del valor de un día de trabajo, el cual no susceptible de ser compensado en tiempo, es decir, con un recargo del 100%, sin perjuicio de la remuneración habitual más el disfrute de un día de descanso compensatorio; en cuanto al trabajo desarrollado en jornadas dominicales y festivas, se debe reconocer

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.

⁴ 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 involucrada 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.

⁵ Artículo 12 del Decreto 660 de 2002 Por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del orden nacional y se dictan otras disposiciones.”

⁶ Modificado por el Artículo 13 del Decreto-Ley 10 de 1989

con un día de descanso o con una retribución igual al doble de la remuneración de un día de trabajo, a elección del empleado beneficiario.

Ahora, el mismo señala:

“Artículo 40º.- 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.

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”

De lo anterior, se tiene que el trabajador que desempeñe sus funciones 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.

Sobre los conceptos de ocasionalidad y habitualidad, el Código Sustantivo del trabajo indica que *“Se entiende que el trabajo dominical es ocasional cuando el trabajador labora hasta dos domingos durante el mes calendario. Se entiende que el trabajo dominical es habitual cuando el trabajador labore tres o más domingos durante el mes calendario”*⁷.

En síntesis, de conformidad con el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, cuando el empleado público labore de manera habitual y permanente los días dominicales y festivos, tiene derecho a una remuneración equivalente al doble de valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado y a un día compensatorio, mientras que, cuando dicha prestación de servicios sea ocasionalmente, solo se le otorgará un día compensatorio, el cual hará parte del salario mensual.

⁷ Parágrafo 2º, artículo 179

En lo que atañe a los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales de los empleados públicos que prestan sus servicios a nivel territorial, se debe tener en cuenta que a través de las facultades de que trata el artículo 150 numeral 19, literales e) y f) de la constitución Política y el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, mediante el Decreto 1919 de 2002 se estableció que:

“los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal (...) gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional...”

Con fundamento en lo anterior, la norma dispuso que las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas, y como quiera que el Decreto 1045 de 1978, establece las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, respecto de los factores salariales para la liquidación de vacaciones y prima de vacaciones se dispuso:

ARTÍCULO 17. De los factores salariales para la liquidación de vacaciones y prima de vacaciones. *Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este decreto, se tendrán en cuenta 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;*
- c) Los gastos de representación;*
- d) La prima técnica;*
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f) La prima de servicios;*
- g) La bonificación por servicios prestado.*

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

En lo atinente a la prima de navidad, el señalado Decreto 1045 de 1978 normó lo siguiente:

ARTÍCULO 33. De los factores de salario para liquidar la prima de navidad. *Para el reconocimiento y pago de la prima de navidad se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:*

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;*

b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978;

c) Los gastos de representación;

d) La prima técnica;

e) Los auxilios de alimentación y transporte;

f) La prima de servicios y la de vacaciones;

g) La bonificación por servicios prestados.

Para la liquidación de las cesantías, el señalado decreto consignó:

ARTÍCULO 45. De los factores de salario para 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 tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:*

a) La asignación básica mensual;

b) Los gastos de representación y la prima técnica;

c) Los dominicales y feriados;

d) Las horas extras;

e) Los auxilios de alimentación y transporte;

f) La prima de navidad;

g) La bonificación por servicios prestados;

h) La prima de servicios;

i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;

j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;

k) La prima de vacaciones;

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

ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

Por su parte, los factores de liquidación de la prima de servicios se establecieron por el Decreto 1042 de 1978 en los siguientes términos:

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

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

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

Vistas las normas transcritas, es claro que la remuneración por trabajo en horas extras, trabajo suplementario y días de descanso obligatorio (domingos y festivos), no se encuentran enlistadas como factores salariales para la liquidación de las prestaciones sociales señaladas.

Visto el desarrollo normativo jurisprudencial, pasa el despacho a resolver el,

5. CASO CONCRETO:

Se encuentra acreditado con las pruebas documentales que reposan en el plenario, que conforme a certificación laboral visible en el archivo 13 del expediente digitalizado, la señora Magda Patricia Montañez Pérez, al momento de presentar la demanda se desempeña en calidad de empleada pública de carrera administrativa como Técnico Área Salud Código 323 Grado 13 en la dependencia sala de partos y quirúrgicos dentro de la Subred integrada de servicios de salud Centro Oriente, desde el 12 de mayo de 1988. (ver archivo 13 del expediente digitalizado)

De igual forma quedó demostrado que la demandante presentó solicitud dirigida a la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente, quien a través de Oficio 20173300018241 de 29 de agosto de 2017 manifestó que la demandante laboró para el Hospital la Victoria mediante el sistema de turnos establecido en las circulares expedidas por el gerente del Hospital.

También, que conforme al tiempo laborado en dominicales y festivos le fueron concedidos los compensatorios en dinero y tiempo, mes a mes, a razón del 35% y 200% respectivamente. Por otra parte señaló que los recargos para las vigencias 2014-2016 fueron realizados bajo los presupuestos establecidos por el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978. En particular bajo las siguientes fórmulas:

- a. Recargo nocturno = $\frac{\text{Asignación básica}}{240 (\text{No.de horas al mes})} \times 35\% \times \text{No. de horas laboradas}$
- b. Recargo dominical y festivo = $\frac{\text{Asignación básica}}{240 (\text{No.de horas al mes})} \times 200\% \times \text{No. de horas laboradas}$.

Ante esta decisión, el 26 de septiembre de 2017 la demandante por intermedio de apoderado presenta recurso en sede administrativa, desatado por la entidad mediante Oficio 20183300066021 de 13 de marzo de 2018, a través de la cual la administración se ratifica en su decisión, argumentando que todo pago inherente a nómina se cuenta en días calendario, lo que significa que para el pago del salario mensual se tiene en cuenta el mes de 30 días, que multiplicado por 12 meses, equivale a 360 días.

Por ello, afirma la demandada, la fórmula aplicada para la liquidación de los recargos se realiza sobre 240 horas, ya que por 30 días calendario a razón de 8 horas diarias, (tanto laborables como de descanso) el resultado de horas pagas al mes es de 240. Al tiempo indicó que en la entidad no existe un tipo de vinculación legal y

reglamentaria que reconozca y liquide un salario sólo sobre las horas realmente laboradas, lo que arrojaría un salario inferior, y por consiguiente, lesivo a los intereses del trabajador.

Por otra parte, con la contestación de la demanda se aportó al dossier un certificado de nómina de la demandante, para el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2017 al 30 de octubre de 2020, señalando mes a mes los valores pagados a la señora Montañez Pérez y su respectivo concepto. (ver folios 108 a 113 tomo 1 expediente administrativo aportado como enlace con la contestación de la demanda, visible en el archivo 20 del expediente digital).

Visto lo anterior, es preciso señalar que el régimen aplicable a los empleados públicos del orden territorial, y en particular, para el caso de autos, se encuentra en las disposiciones sobre horario de trabajo y jornada laboral de que trata el Decreto 1042 de 1978 por cuanto al no encontrarse norma especial sobre horario de trabajo de funcionarios del servicio de salud, es la ley y no el convenio quien tiene autoridad para fijar el régimen salarial de esta clase de empleados.

Dicho esto, dentro del proceso no se demostró el cumplimiento de los requisitos dispuestos por el artículo 36 del Decreto Ley 1042 de 1978 para exigir el pago de horas extras o trabajo suplementario, como lo son: (i) haber sido autorizado previamente mediante comunicación escrita, en la que se especifiquen las actividades a desarrollarse; (ii) ser del nivel técnico o nivel asistencia y (iii) haberse reconocido mediante resolución motivada el pago del trabajo suplementario.

En ese sentido el Consejo de Estado en providencia de fecha 3 de marzo de 2016 enfatizó en la necesidad que le asiste a la parte actora de probar los hechos que alega, así:

“Cabe recordar que la carga de la prueba consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa resulten probados; en este sentido, en relación con los intereses de la parte demandante, debe anotarse que quien presenta la demanda, conoce de antemano cuáles de los hechos interesa que aparezcan demostrados en el proceso y, por tanto, sabe de la necesidad de que así sea, más aun tratándose del sustento mismo de la demanda y de los derechos que solicita sean reconocidos”

Por lo indicado, como quiera no existe evidencia de lo requerido, ni siquiera de la jornada adicional presuntivamente laborada por la demandante, se negarán las pretensiones de reconocimiento y pago de las horas extras.

En lo relativo a la pretensión de reliquidación de los recargos, para este despacho torna especial relevancia lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, al señalar que la asignación mensual de los empleados públicos corresponde a jornadas de 44 horas semanales, y que sólo en el caso que se desarrollen funciones que impliquen actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, se podrá señalar una jornada de 12 horas diarias, sin exceder 66 horas a la semana.

De lo dicho hasta aquí se deduce que la jornada laboral de la demandante debe ser liquidada conforme 44 horas semanales, y en consecuencia, para determinar el tope de horas laborales a la semana debe multiplicarse por 52 semanas, que son las que tiene el año y dividir el resultado por 12 meses, para obtener **190 horas** laborales al mes, de acuerdo con la jornada ordinaria laboral señalada en el Decreto 1042 de 1978.

En consecuencia, la forma como la demandada venía liquidando los respectivos recargos, es contraria a las previsiones normativas aplicables al caso particular, concluyéndose que se han venido liquidando de forma equivocada los recargos por

jornada nocturna, dominical y festiva por la demandante y que el mismo se debe re liquidar.

De esta manera se impone necesario para el caso de autos declarar la nulidad parcial de los actos demandados, por cuanto los mismos vulneran la norma en que deberían fundarse, esto es, el Decreto 1042 de 1978, y en consecuencia se ordenará a la entidad demandada re liquidar los recargos ya reconocidos por trabajo en jornada nocturna, dominical y festiva de la señora Magda Patricia Montañez Pérez.

Ahora bien, en punto de determinar la prescripción de los derechos reclamados, se tiene que la demandante se vinculó en calidad de empleada pública a la entidad desde el 12 de mayo de 1988 y que presentó la reclamación en sede administrativa el 13 de julio de 2017, interrumpiendo el término prescriptivo de conformidad con lo normado por los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1848 de 1969, razón por la cual se declarará la prescripción de la reliquidación de los recargos causados con anterioridad al 13 de julio de 2014.

Respecto a la pretensión de reliquidación de las cesantías reconocidas a la demandante se tiene que dentro de los factores para liquidación de cesantías, consagrados por el artículo 45 del decreto 1045 de 1978, se encuentran los dominicales o feriados y el valor del trabajo realizado en jornada nocturna, esto es, los recargos pagados por este concepto.

Así, como quiera que la entidad liquidó de manera errónea los recargos reconocidos a la demandante, y los mismos constituyen factor salarial para la liquidación de las cesantías, se impone también la necesidad de re liquidar esta prestación, sólo en lo atinente a los recargos por trabajo nocturno, dominical y festivo como factor de liquidación, por los periodos causados con posterioridad al 13 de julio de 2014, lo cual se ordenará en la forma anteriormente señalada.

Frente a la pretensión de reliquidación y pago de las demás prestaciones sociales señaladas por la demandante, tales como vacaciones y prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios, el despacho encuentra, de conformidad con los artículos 17, y 33 del Decreto 1045 de 1978 y 59 del Decreto 1042 del mismo año, que los recargos por trabajo nocturno, dominical y festivo no son factores para su respectiva liquidación, razón por la cual se negará este pedimento.

Conforme a lo expuesto, ha de señalarse que en la re liquidación ordenada la entidad deducirá los días de descanso remunerado, las vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas que se le hayan presentado al trabajador, y cancelará la diferencia que surja entre los valores pagados por el sistema que venía aplicando la entidad demandada y la orden que se impone.

De emerger alguna diferencia en perjuicio del accionante y que surja entre lo que se le ha venido cancelando por parte de la entidad y el reconocimiento efectuado a través de esta sentencia, no se ordenará la devolución de suma alguna, precisamente atendiendo a la previsión consagrada en el artículo 164 numeral 1.º literal c) del CPACA, pues no se afirmó, ni se demostró que el demandante hubiera incurrido en actos dolosos y de mala fe para obtener el reconocimiento de las diferencias señaladas.

Las sumas que deberá cancelar la entidad demandada se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh \frac{\textit{indice final}}{\textit{indice inicial}}$$

Se aclara que dicha fórmula debe aplicarse de forma anualizada.

De las costas.

Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018⁸, encuentra este Despacho que no se observó ninguna actitud temeraria por parte del extremo activo, aunado a que las actuaciones adelantadas por la parte demandante son las que normalmente se esperan al interior de un proceso.

Por ello y en razón a las actuaciones realizadas en esta instancia y en aplicación del criterio valorativo ya enunciado, se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada conforme las previsiones del artículo 365 del CGP.

De modo que teniendo en cuenta el material probatorio allegado, el precedente jurisprudencial, las normas y los supuestos fácticos de la demanda, el despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda deben prosperar en la forma indicada, en cuanto que el acto administrativo demandado es nulo por haberse expedido con desconocimiento de las normas superiores, desvirtuando así la presunción de legalidad que lo amparaba.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. – SECCIÓN SEGUNDA -**, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

DECIDE

PRIMERO: DECLARAR parcialmente nulos los actos administrativos contenidos en los oficios 20173300018241 de 29 de agosto de 2017 y 20183300066021 de 13 de marzo de 2018, por medio de los cuales la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE negó a la señora Magda Patricia Montañez Pérez la reliquidación y pago de recargos y trabajo suplementario y reliquidación de prestaciones sociales, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se CONDENA a la la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE a efectuar una nueva liquidación de los recargos ya reconocidos por trabajo en jornada nocturna, dominical y festiva de la señora Magda Patricia Montañez Pérez, identificada con cédula de Ciudadanía No. 46.357.559, desde el 13 de julio de 2014, teniendo en cuenta lo normado por el Decreto 1042 de 1978, es decir, atendiendo a una jornada ordinaria laboral mensual de 190 horas.

En la re liquidación ordenada la entidad deducirá los días de descanso remunerado, las vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas que se le hayan presentado al trabajador, y cancelará la diferencia que surja entre los valores pagados por el sistema que venía aplicando la entidad demandada y la orden que se impone.

8 Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

De la misma manera, la demandada deberá re liquidar las cesantías ya reconocidas, cuando a ello hubiere lugar, aplicando la diferencia en el nuevo cálculo de los recargos por trabajo nocturno, dominical y festivo re liquidados en la forma ordenada por el numeral anterior, por los periodos causados con posterioridad al 13 de julio de 2014, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

De emerger alguna diferencia en perjuicio del accionante y que surja entre lo que se le ha venido cancelando por parte de la entidad y el reconocimiento efectuado a través de esta sentencia, no se ordenará la devolución de suma alguna.

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

CUARTO: DECLARAR que en el presente caso OPERÓ LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA para la reclamación de las acreencias laborales con anterioridad al 13 de julio de 2014, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia

QUINTO. - NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la presente sentencia.

SEXTO: Sin condena en costas y agencias en derecho, por las razones expuestas.

SÉPTIMO: La entidad dará cumplimiento al presente fallo, dentro de los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin necesidad de mandato judicial.

OCTAVO: En firme esta Sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). Igualmente expídase a la parte demandante copia íntegra y auténtica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos del numeral 2, del artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

NOVENO: Se REQUIERE a la entidad condenada que una vez se encuentre en firme esta providencia, al momento de cumplir la sentencia y hacer el respectivo pago se le consigne directamente a la cuenta de la demandante y **no se realice dicho pago** a través de depósito judicial en la cuenta del juzgado.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley, **ARCHÍVESE** el expediente.

Para los efectos pertinentes téngase en cuenta los correos electrónicos:

carlosjmansillaj@hotmail.com;
notificacionesjudiciales@subredcentrooriente.gov.co;
apoyoprofesionaljuridico4@subredcentrooriente.gov.co;

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LILIANA POVEDA CABEZAS
JUEZ

JLPG

Firmado Por:
Blanca Liliana Poveda Cabezas
Juez
Juzgado Administrativo
016
Bogotá, D.C. - Bogotá 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: **c7c5e0b37b92f556335e655c5c4f5020eed873da5a09c99839c3e6ffb1924c7c**

Documento generado en 23/02/2023 10:32:36 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>