



Juzgado Once Administrativo del Circuito de Ibagué

TEMA: TRABAJO SUPLEMENTARIO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: GLADYS GARCÍA ARANGO
DEMANDADO: HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DE LOURDES E.S.E. ATACO - TOLIMA
RADICADO 73001-33 -33-011-2020-00241-00
ASUNTO: AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO ARTÍCULO 182 LEY 1437 DE 2011

En Ibagué (Tolima) a los **ocho (8) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024)**, fecha fijada en audiencia anterior, siendo las 08:35 a.m., reunidos en forma virtual mediante el sistema de audiencias lifesize, el **Juez Once Administrativo del Circuito de Ibagué**, en asocio de su profesional universitario, procede a declarar instalada y abierta la audiencia de alegaciones y juzgamiento que trata el artículo 182 del C.P.A.C.A. dentro del presente medio de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado **73001-33-33-011-2020-00241-00** instaurado por **GLADYS GARCÍA ARANGO** en contra del **HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DE LOURDES E.S.E. ATACO – TOLIMA**.

Seguidamente el Despacho autoriza que esta audiencia sea grabada en el sistema mencionado con que cuenta esta instancia judicial, conforme lo prevé el artículo 186 del C.P.A.C.A. modificado por el artículo 46 de la Ley 2080 de 2021.

1. COMPARECENCIA DE LAS PARTES

1.1. PARTE DEMANDANTE

Apoderado:	ERIXA LILIANA AMAYA CRUZ
C.C. No.:	53.327.964
T.P. No.:	83.510 del C.S. de la J
Celular	312 431 0327
Dirección electrónica:	oficinaerixaliliana@gmail.com ciel01802@gmail.com

1.2. PARTE DEMANDADA

Apoderada:	JEHYN S DUVÁN CASTAÑO RAMÍREZ
C.C. No.:	93.411.457 de Ibagué
T.P. No.:	198.776 del C.S. de la J.
Celular	316 255 3878
Dirección electrónica:	jehynscastano9@hotmail.com hospitalnsl@hotmail.com

1.3. MINISTERIO PÚBLICO

Procurador 201 Judicial I Administrativo:	ALFONSO LUIS SUAREZ ESPINOSA
C.C. No.:	65.731.907 de Ibagué
Dirección de notificaciones:	Carrera 3 con Calle 15 esquina, Banco Agrario de Co - Piso 8 oficina 801- Ibagué
Celular:	315 880 8888
Dirección electrónica:	alsuarez@procuraduria.gov.co

2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme se advirtió en audiencia de pruebas y de conformidad con el artículo 182 del C.P.A.C.A se corre traslado a los apoderados de las partes para alegar hasta por el término de veinte (20) minutos, y al agente del Ministerio Público por el mismo tiempo para que emita concepto.

PARTE/SUJETO PROCESAL	MINUTO APROX
Demandante	03:42 a 10:00
Demandada	10:18: a 18:00
Ministerio Público	18:15 a 18:55

3. SENTENCIA

Escuchados y analizados los alegatos de conclusión se emitirá la sentencia que en derecho corresponda.

3.1. Problema Jurídico

En los términos de la fijación del litigio, el problema jurídico se contrae a determinar si es nulo o no el acto acusado, y si en consecuencia de dicho estudio de legalidad tiene derecho la señora Gladys García Arango a que el Hospital Nuestra Señora de Lourdes E.S.E. de Ataco le reconozca y pague, desde el mes de febrero de 2015 hasta diciembre de 2018, horas extras, compensatorios, recargos nocturnos y que de igual forma se reliquiden conforme a ello las cesantías y demás prestaciones sociales, pagando los excedentes con relación a las sumas que le fueron reconocidas y el valor real reliquidado.

3.2. Tesis del Despacho

Conforme los medios de convicción aportados al proceso por la parte actora, en especial los cuadros de turno elaborados por el Hospital accionado para la asignación de turnos del personal de enfermería entre el 9 de octubre de 2016 y 31 de diciembre de 2018, así como las declaraciones rendidas por Amilbia Gaitan y José Elberts Bocanegra, concluye el Juzgado que la demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de horas extras, compensatorios, recargos nocturnos y por ende tampoco a reliquidación de otras prestaciones sociales.

Respecto al periodo comprendido entre febrero de 2015 y 8 de octubre de 2016, se encontró configurada la prescripción de los derechos laborales pretendidos.

3.3. Argumentos que sustentan la tesis propuesta por el despacho

Para resolver el problema jurídico el Despacho desatará los siguientes temas:

3.3.1. Del régimen sobre la jornada laboral de los empleados públicos territoriales

En sentencia del 4 de abril de 2019¹ el Consejo de Estado de acuerdo con la tesis adoptada por la Sección segunda², señaló que el régimen que gobierna la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos del orden territorial es el contenido en el Decreto 1042 de 1978, conclusión que se deriva de la remisión inicial que hizo la Ley 27 de 1992, que mencionó el régimen de carrera administrativa y el régimen de administración de personal contenidas no solamente en él, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978, y las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987, el cual comprende, dentro de una interpretación amplia, el concepto de jornada de trabajo, tal como lo ha definido reiteradamente esa Corporación.

Advierte, que la extensión de la anterior normatividad fue reiterada por el artículo 87, inciso segundo de la Ley 443 de 1998, en armonía con el artículo 3° de esta misma norma y, posteriormente, por la Ley 909 de 2004.

Así mismo, señaló que la Corte Constitucional en la sentencia C-1063 de 2000, mediante la cual se declaró la exequibilidad de la parte inicial del artículo 3° de la Ley 6ª de 1945, donde se contempla una jornada de trabajo de 8 horas diarias y 48 horas semanales, precisó que ella cobijaría únicamente a los trabajadores oficiales de cualquier orden, pues en lo que se refiere a los empleados públicos y los trabajadores del sector privado, otras disposiciones han sido las que regularon el tema.

Señaló que conforme al artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, la jornada ordinaria laboral de los empleados públicos es de cuarenta y cuatro (44) horas semanales. La mencionada disposición además prevé la existencia de una jornada especial de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales, para empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia.

Explicó que, dentro de los límites fijados por la norma, el jefe del organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con el tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras; por otra parte, el trabajo realizado el día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo que exceda

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá, D.C., cuatro (04) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 05001-23-31-000-2011-01242-01(1072-14). Actor: NORMA LUCIA PÉREZ ARROYAVE. Demandado: E.S.E. HOSPITAL SAN JULIÁN DE ARGELIA

² Sentencia de fecha diecisiete (17) de agosto de dos mil seis (2006). Exp. No. 05001-23-31-000-1998-01941-01 (5622-05) Actora: Silvia Elena Arango Castañeda. Demandado: Hospital General de Medellín. Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

la jornada máxima semanal, aplicándose lo dispuesto para las horas extras.

Indica que la regla general para empleos de tiempo completo es de 44 horas semanales³ y por excepción la Ley 909 de 2004⁴, creó empleos de medio tiempo o de tiempo parcial.

Sostiene que la jornada laboral se encuentra íntimamente ligada al salario, el cual puede tener variables según la naturaleza de las funciones y las condiciones en que se deben ejercer; dentro de dichas variables se encuentra por ejemplo el trabajo nocturno comprendido entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m., que tiene una sobre remuneración del 35%, o el trabajo suplementario por dominicales y festivos, así como el ordinario o habitual y el ocasional, que tiene una regulación específica.

3.3.2. La jornada laboral de los empleados públicos vinculados a entidades de salud del nivel territorial. Regla general y especial

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció el 9 de diciembre de 2019⁵ en razón a consulta elevada por el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP).

En dicho pronunciamiento se indica que por **regla general** la norma sobre la jornada de trabajo de los empleados públicos se encuentra prevista en el artículo 33 del Decreto - Ley 1042 de 1978, así:

«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) 7 podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana exceda un límite de 66 horas.

Dentro del límite 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»

En tal sentido se señala que la norma transcrita no solo refiere a la noción de jornada laboral, sino también a la de horario de trabajo.

Por *jornada laboral* en el sector público se entiende aquel tiempo máximo establecido por la ley, durante el cual los empleados deben cumplir o desarrollar las funciones previamente asignadas por la Constitución, la Ley o el reglamento⁶;

³ Decreto 1042 de 1978, artículo 33.

⁴ Artículo 22.

⁵ Radicación número: 11001-03-06-000-2019-00105-00(2422), Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS.

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, sentencia del 12 de febrero de 2015, exp. 25000-23-25- 000-2010-00725-01.

en tal sentido el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978 dispone que la regla general aplicable a los empleos públicos del nivel nacional o territorial corresponderá a una jornada laboral de cuarenta y cuatro (44) horas semanales, la cual se encuentra vigente pues no existe reglamentación posterior a ella, como lo reconoce la remisión hecha por el artículo 22 de la Ley 909 de 2004.

De otro lado, el *horario de trabajo*, esto es la distribución de la jornada laboral según las necesidades de cada entidad, dependerá de las funciones impuestas y las condiciones en que deban ejecutarse. De conformidad con lo dispuesto como regla general en el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978, es una competencia administrativa del jefe de la entidad establecer el horario de trabajo que deben cumplir los servidores públicos, dentro del límite de la jornada laboral de 44 horas semanales.

Dentro de ese límite puede el jefe del organismo establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con el tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras. La norma dispone que el trabajo realizado el día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo que exceda la jornada máxima semanal (44 horas), aplicándose lo dispuesto para las horas extras.

Es de añadirse que las actividades que sean de manera discontinua, intermitente o de simple vigilancia se les podrá señalar una jornada de trabajo de 12 horas diarias y hasta de 66 horas a la semana, lo cual fue precisado por la Sección Segunda Subsección B en sentencia de 12 de febrero de 2015⁷ y 10 de octubre de 2018⁸ en las que determinó, que el límite máximo legal de 66 horas semanales sólo fue previsto para actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia.

En cuanto a la **regla especial** concerniente al personal asistencial que preste servicios de salud, la Ley 269 de 1996⁹, estableció una jornada laboral especial para los mencionados servidores públicos de la siguiente manera:

«ARTÍCULO 20. GARANTÍA DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD. Corresponde al Estado garantizar la atención en salud como un servicio público esencial, y en tal carácter el acceso permanente de todas las personas a dicho servicio, razón por la cual el personal asistencial que preste directamente servicios de salud podrá desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público.

La jornada de trabajo del personal que cumple funciones de carácter asistencial en las entidades prestadoras de servicios de salud podrá ser máximo de doce horas diarias sin que en la semana exceda de 66 horas, cualquiera sea la modalidad de su vinculación»

Por su parte, en relación con el horario también fijó una regla especial:

«ARTÍCULO 30. CONCURRENCIA DE HORARIOS. Prohíbese la concurrencia de horarios, con excepción de las actividades de carácter docente asistencial que se realicen en las mismas instituciones en las cuales se encuentre vinculado el

⁷ Rad. 1046-13, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

⁸ Rad. 4089-17, C.P. Dr. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁹ «Por la cual se regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público»

profesional de la salud, y que por la naturaleza de sus funciones, ejerza la docencia y la prestación directa de servicios de salud».

La Sala de Consulta y Servicio Civil deduce entonces de las normas transcritas que:

- i) La salud es un servicio público esencial y debe prestarse de manera permanente;*
- ii) En razón de lo anterior, la ley flexibiliza las condiciones laborales del personal asistencial que presta servicios de salud en las entidades de derecho público, al permitir más de una vinculación en tales entidades, siempre que no exista concurrencia de horarios;*
- iii) Es concordante con las nociones jornada laboral y horario de trabajo a las que alude el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978; no obstante, establece tiempos máximos especiales para aquellas personas que tengan más de una vinculación con el Estado;*
- iv) La jornada laboral del personal que cumple funciones de carácter asistencial en las entidades prestadoras de servicios de salud, podrá ser máximo de 12 horas diarias y 66 semanales, cualquiera sea la modalidad de vinculación. Esta jornada extendida, solo es dable cumplirla al personal asistencial que preste directamente servicios de salud y tengan más de una vinculación con entidades de derecho público;*
- v) La jornada extendida no cubre al personal administrativo de la entidad, ni al de dirección y confianza, y*
- vi) Dentro del límite de dichas jornadas de trabajo, se autoriza al jefe de la entidad para establecer el horario de trabajo; no obstante, se prohíbe la concurrencia de horarios para quienes desempeñen más de un empleo.*

3.3.3. Sistema de turnos y horarios de trabajo para los empleados públicos vinculados al servicio de salud

En el mismo pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al que se ha hecho referencia¹⁰, se señala que el carácter esencial del servicio público de salud y su prestación de manera continua e ininterrumpida lleva a que, dada la existencia de una jornada laboral máxima, los empleados públicos vinculados a ese servicio laboren habitualmente domingos y festivos por el sistema de turnos.

Y es que la noción de habitualidad está referida a la naturaleza del servicio, de manera que, si este no es susceptible de interrupción y, por tanto, debe garantizarse su continuidad y permanencia, normalmente todos los días -incluidos, claro está, los domingos y festivos-, el trabajo se tornará en «habitual y permanente». Este es el caso de quienes laboran en el servicio de salud los domingos o festivos por el sistema de turnos, o lo hacen como parte de la jornada ordinaria.

¹⁰ Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 11001-03-06-000-2019-00105-00(2422).

En relación a lo anterior, se tiene el criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 13 de agosto de 1.998, expediente 21-98, la cual precisó:

«...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 es a la habitualidad del servicio, como sería el que se presta en un hospital...»

Pese a que no hay entonces una norma puntual que regule para los empleados públicos la jornada laboral mediante sistema de turnos, atendiendo a la naturaleza del servicio público de salud y la necesidad de la continuidad en el mismo, es posible adecuar la jornada ordinaria laboral –44 horas semanales – del personal que se requiera para que se cumpla de manera ininterrumpida en las jornadas que correspondan (diurnas, nocturnas o mixtas), como también distribuir esta jornada de 44 horas en los horarios de trabajo que se hagan necesarios, atendiendo la demanda de servicios, las cargas de trabajo y el derecho al descanso del trabajador, entre otros.

Así entonces, el sistema de turnos resulta compatible con la noción legal de horario de trabajo positivizada en el Decreto Ley 1042 de 1978, esto es, la distribución de la jornada laboral según un orden establecido previamente, que en el caso del servicio de salud debe corresponder a la naturaleza permanente e ininterrumpida del mismo.

3.3.4. Jornada extraordinaria, dominicales y festivos en el sector público

De igual forma la citada sentencia del 4 de abril de 2019¹¹ se afirma que la jornada extraordinaria está regulada en los artículos 36, 37 y 38 del Decreto Ley 1042 de 1978 y en las normas que anualmente establecen las escalas de asignación básica mensual para los empleados públicos. Entendiéndose como tal, la jornada que excede a la ordinaria.

Expone que se presenta cuando por razones especiales del servicio es necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, en cuyo caso, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes esté delegada la función, autorizan el descanso compensatorio o el pago de horas extras.

Describe que para su reconocimiento y pago deben cumplirse los siguientes requisitos:

- i) Que el empleado pertenezca a los niveles técnico y asistencial hasta los grados 09 y 19, respectivamente.
- ii) Que el trabajo suplementario sea autorizado previamente mediante comunicación escrita.
- iii) Su remuneración se hará: con un recargo del 25% si se trata de trabajo

¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá, D.C., cuatro (04) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 05001-23-31-000-2011-01242-01(1072-14). Actor: NORMA LUCIA PÉREZ ARROYAVE. Demandado: E.S.E. HOSPITAL SAN JULIÁN DE ARGELIA.

extra diurno o con un recargo del 75% cuando se trate de horas extras nocturnas.

iv) No se puede pagar en dinero más de 50 horas extras mensuales.

v) Las horas extras trabajadas que excedan el tope señalado se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada 8 horas extras trabajadas.

vi) Si el empleado se encuentra en comisión de servicios, y trabaja horas extras, igualmente tendrá derecho a su reconocimiento y pago.

vii) Son factor de salario para la liquidación de cesantías y pensiones.

Ahora, el Decreto Ley 1042 de 1978 además de regular lo relacionado con las horas extras en el sector público, también se refiere, entre otras, al trabajo desarrollado por los servidores públicos en dominicales y festivos. En efecto, los artículos 39 y 40 del mencionado decreto ley señalan que este puede ser «ordinario» y «ocasional». Textualmente, las normas dictan:

«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):

a) Modificado por los Decretos anuales salariales.

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 acuerdo a lo transcrito, el trabajo ordinario en días dominicales o festivos, es aquel que responde a las notas de la habitualidad y permanencia, por oposición a lo ocasional o transitorio, y se pagará con 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; que 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, y dicha retribución será igual al doble de la remuneración correspondiente a un día ordinario de trabajo, o proporcionalmente al tiempo¹².

3.4. Caso concreto

3.4.1. Hechos probados y medios de prueba relevantes

- a) La señora Gladys García Arango se desempeña, al menos hasta la presentación de la demanda, como auxiliar área de la salud en el Hospital Nuestra Señora de Lourdes E.S.E. de Ataco desde el 1º de agosto de 1991.

Se acredita con la copia del acta de posesión y certificación emitida por la entidad demandada visible en *folios 3 y 4, documento No.07, cuaderno principal del expediente digitalizado one drive*.

- b) Que el **09 de octubre de 2019** la demandante a través de su apoderada presentó reclamación administrativa ante la entidad pública demandada solicitando se reconociera y ordenara el pago de compensatorios, horas extras y recargos nocturnos a su favor desde el mes de febrero de 2015 hasta diciembre de 2018, de igual forma que en consecuencia se reliquiden conforme a ello las cesantías y demás prestaciones sociales y se paguen los excedentes a las sumas que le fueron reconocidas, frente al valor real reliquidado.

Se corrobora con la copia de la solicitud obrante en *folios 57 a 69, documento No.07, cuaderno principal del expediente digitalizado one drive*.

- c) Mediante oficio HNSL-2020 del 22 de febrero de 2020 suscrito el Gerente del hospital demandado se negó lo pretendido en la reclamación administrativa presentada por la parte demandante.

Se constata con la copia del citado oficio la reclamación verificable en *folios 70 a 73 del anexo No.07, cuaderno principal del expediente digitalizado one drive*.

- d) Que la demandante laboró en el Hospital accionado para el periodo comprendido entre febrero de 2015 y diciembre de 2018 a través de un sistema de turnos fijado por el Jefe de Enfermería y Gerente de dicha E.S.E.

¹² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá D.C., 12 de mayo de 2022 Expediente: 11001-03-25-000-2016-00482-00 (2215-2016).

Este aspecto fáctico se probó con la copia de los respectivos cuadros de turnos, visibles en folios 14 a 56, documento No.07, cuaderno principal del expediente digitalizado one drive.

- e) Se cuenta con la declaración de Amilbia Gaitán García¹³ y José Elberts Bocanegra¹⁴, quienes fueron compañeros de trabajo de la demandante, desarrollando idénticas labores entre febrero de 2015 y diciembre de 2018; estos testimonios serán especialmente tenidos en cuenta dada su pertinencia con el objeto del proceso y los datos precisos que aportaron.

También se tiene la declaración de Sila Elena Cuero Peña¹⁵, quien labró como guardia de seguridad del hospital accionado en las vigencias 2015 y 2016.

3.4.2. Análisis del caso concreto

En aras de resolver el problema jurídico planteado se determinaran inicialmente aspectos generales que resultaron demostrados conforme los medios de prueba; así, se encuentra plenamente acreditado que la señora Gladys García Arango laboró como auxiliar de enfermería en el el Hospital Nuestra Señora de Lourdes E.S.E. de Ataco, desde el año 1991 a través de una relación legal y reglamentaria, y por añadidura, para lo que atañe estrictamente a este proceso, trabajó en tales condiciones en el periodo comprendido entre febrero de 2015 y diciembre de 2018.

De igual forma, se demostró que la demandante durante el periodo objeto de este litigio trabajaba a través de un sistema de turnos fijado por el Hospital accionado en su calidad de empleador, esto en razón al carácter esencial del que se reviste el servicio público de salud dada su prestación de manera continua e ininterrumpida. Tal sistema de turnos significa entonces que la jornada laboral se distribuía en aras de cubrir turnos ya fuere en las mañanas, tardes, noches todos los días, incluyendo domingos y festivos; este aspecto fáctico fue probado con la copia de los cuadros de turnos aportados con la demanda y las declaraciones de José Elberts Bocanegra y Amilbia Gaitán (compañeros de trabajo); es importante resaltar que la demandante laboraba únicamente en la entidad pública demandada, por lo que le es aplicable la regla general sobre jornada laboral contenida en el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978 y no así la norma especial de la Ley 269 de 1996.

Ahora, es necesario clarificar que los turnos que cumplía la demandante entre febrero de 2015 y diciembre de 2018 no tenían una intensidad horaria homogénea, es decir, había algunos turnos de 6 horas, unos de 8 horas y otros de 12 horas; este aspecto se evidencia al valorar en conjunto la copia de los cuadros de turnos¹⁶ y las declaraciones de Amilbia Gaitán¹⁷ y José Elberts Bocanegra¹⁸, pues de dichos medios de convicción se avizora que:

¹³ Minuto 8:00 a 29:06, archivo No.27, cuaderno principal del expediente digitalizado one drive.

¹⁴ Minuto 34:00 a 45:50, archivo No.27, cuaderno principal del expediente digitalizado one drive.

¹⁵ Minuto 51:25 a 1:00:00, archivo No.27, cuaderno principal del expediente digitalizado one drive.

¹⁶ En distintos meses de los cuadros de turnos de abril de 2017 a diciembre de 2018 se especifica el significado de cada abreviatura usada y la extensión del horario respecto a ella.

¹⁷ Minuto 14:30 a 15:05, archivo No.27, cuaderno principal del expediente digitalizado one drive.

¹⁸ Minuto 37:30 a 38:57, archivo No.27, cuaderno principal del expediente digitalizado one

- (i) Cuando en el cuadro de turnos se usa la abreviatura “M”, se hace referencia a un turno de 6 horas, desarrollado entre 07:00 a.m. y 01:00 p.m.
- (ii) Cuando en el cuadro de turnos se usa la abreviatura “T”, se hace referencia a un turno de 6 horas, desarrollado entre 01:00 p.m. y 07:00 p.m.
- (iii) Cuando en el cuadro de turnos se usa la abreviatura “N”, se hace referencia a un turno de 12 horas, desarrollado entre 07:00 p.m. y 07:00 a.m. del siguiente día.
- (iv) Cuando en el cuadro de turnos se usa la abreviatura “ES”, se hace referencia a un turno para tareas de esterilización de 9 horas¹⁹, desarrollado entre 07:00 a.m. a 12:00 m. y 02:00 p.m. a 06:00 p.m.
- (v) Cuando en el cuadro de turnos se usa la abreviatura “D”, se hace referencia a que la demandante debía estar disponible ante cualquier llamado del empleador a efectos de cubrir una urgencia; la disponibilidad no se cumplía dentro de las instalaciones del Hospital accionado²⁰.
- (vi) Cuando en el cuadro de turnos se usa la abreviatura “PYP”, se hace referencia a que se realizan actividades extramurales de prevención y protección todo el día (07:00 a.m. a 07:00 p.m.).
- (vii) Cuando en el cuadro de turnos se usa la abreviatura “C”, se hace referencia a un día de compensatorio, a su vez la abreviatura “L” se refiere a un día libre.

Especial mención debe hacerse frente a los turnos consignados con la abreviatura “D”, referente a que la demandante debía estar disponible ante cualquier llamado del empleador a efectos de cubrir una urgencia; al respecto la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto número 1254 de 9 de marzo de 2000, con ponencia del Consejero Doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce, señaló sobre los turnos de disponibilidad para el sector salud:

*“Sin embargo, algunas **instituciones hospitalarias** para garantizar la continuidad de la prestación de los servicios de salud, particularmente en el área de los médicos especialistas, establecen turnos de disponibilidad, denominados de llamada, que se cumplen por fuera del lugar de trabajo.*

Ahora bien, si el profesional se encuentra en el lugar de trabajo disponible, cumpliendo su jornada laboral, tales turnos se pagarán en las condiciones en que fueron prestados, reconociéndosele todo trabajo suplementario a la jornada respectiva.

Si se trata de turno de disponibilidad por fuera del lugar de trabajo, en condiciones tales que el servidor está en posibilidad de disponer de su tiempo, pero obligado a responder de inmediato el llamado de la administración, pueden presentarse, por lo menos, las siguientes situaciones:

¹⁹ Cuadro de turnos del mes de diciembre de 2018 folio 56, documento No.07, cuaderno principal del expediente digitalizado one drive; respaldado con declaración de Amilbia Gaitán minuto 26:20 a 27:05.

²⁰ Declaración de Amilbia Gaitán García minuto 19:25 a 19:52.

- Que el servidor esté cumpliendo la jornada asignada y el turno de disponibilidad esté comprendido en ella. Si se prestan servicios durante la disponibilidad, ellos se reconocerán atendiendo las condiciones específicas en que se prestaron (jornada nocturna, dominical, etc.), en proporción a los servicios efectivamente prestados, cuantificados en horas.

- **Que el empleado esté cumpliendo la jornada asignada, el turno de disponibilidad haga parte de la misma y no se preste servicio alguno por cuanto no se efectuó llamada. En este evento, conforme a la normatividad vigente, solo se tendrá derecho a la asignación básica.**

En el primer caso puede presentarse, además, la posibilidad de trabajo suplementario, el que será remunerado como ya quedó expuesto.

En consecuencia, en estos eventos la entidad nominadora al designar el personal médico, señalará el número de horas que deben ser cumplidas y, al asignar el horario, determinará las modalidades de prestación del servicio, las jornadas respectivas y los turnos de disponibilidad. Las consecuencias salariales se derivan de dichas condiciones laborales.

Esta es una manera de racionalizar los turnos de disponibilidad, resguardando que ellos se cumplan dentro de las jornadas de trabajo señaladas por la entidad, **reconociendo como suplementario todo trabajo cumplido por fuera de ellas, sea presencial o no**

(...)

8. Los turnos de disponibilidad no están expresamente reglamentados en la ley. Por aplicación de las normas generales - decreto 1042 de 1978 - y partiendo de la noción de jornada de trabajo, se concluye que si el servidor está cumpliendo la jornada asignada y el turno de disponibilidad está comprendido en ella y se prestan servicios durante la disponibilidad, ellos se reconocerán atendiendo las condiciones específicas en que se prestaron (jornada nocturna, dominical, etc.), en proporción a los servicios efectivamente prestados, cuantificados en horas.

Si el empleado está cumpliendo la jornada asignada, el turno de disponibilidad hace parte de la misma y no se presta servicio alguno por cuanto no se efectuó llamada, conforme a la normatividad vigente, sólo se tendrá derecho a la asignación básica." - Resaltado fuera de texto

De lo transcrito se tiene que en los casos en que los turnos de disponibilidad no se cumplan en las instalaciones del hospital empleador, y en los que además no se efectúa llamado al empleado para prestar el servicio, no generan derecho a reconocimiento de trabajo suplementario u otros recargos; recientemente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación laboral abordó este tema especificó, acotando que:

(...)Los mencionados pronunciamientos conducen a la Sala a concluir, que la sola disponibilidad a prestar los servicios —en los eventos en que estos no se materializan—, no genera por sí sola remuneración por trabajo suplementario y demás recargos, sino que el elemento determinante para ello, es que el laborante no pueda disponer libremente de su tiempo; supuesto que no se cumple en el presente evento, en que como se expresó en forma precedente, al señor Pachón Melo no se le limitó su libertad de

elección del uso del tiempo, pues bien podía llevar a cabo sus actividades de índole personal, familiar o social”²¹.

En el caso bajo estudio si bien está acreditado que en algunos días a la demandante se le indicaba el deber de estar disponible al llamado del hospital empleador, lo cual es fácilmente verificable en los cuadros de turnos aportados, también es cierto que no existe certeza alguna sobre los días en que se efectuó el llamado y se materializó efectivamente la prestación del servicio, ni en que horario se prestó, esto pues en las declaraciones de los testigos no hubo precisión en dicho sentido, indicándose que *“algunos días salía la disponibilidad y en otros no”*, siendo claros, eso sí, en señalar que en los días de disponibilidad la demandante estaba en casa y no en las instalaciones del hospital, lo cual supone la libertad de hacer uso de su tiempo para actividades de índole personal en nada relacionadas con su labor.

Frente a tal incertidumbre probatoria, y en atención a la jurisprudencia citada, el Despacho no tendrá en cuenta en el cálculo para determinar el trabajo suplementario (aquel que excede de 190 horas mensuales) los días en que en el cuadro de turnos figure la demandante en disponibilidad (“D”), esto por cuanto, se itera, la parte actora incumplió el deber de probar en que días específicos se materializó efectivamente el llamado y la prestación del servicio.

Dilucidado todo lo precedente, se ocupará en un segundo momento el Despacho de establecer si el horario de trabajo a través del sistema de turnos que cumplía la demandante, sobrepasaba o no la jornada laboral positivizada en la Ley 1042 de 1978, y si hay lugar al pago de compensatorios, lo cual supone entonces un análisis individual de cada aspecto, a lo cual se procede, dejando claro que el fundamento legal al respecto fue ampliamente dilucidado en el acápite correspondiente.

3.4.3. Prescripción

Se abordará de entrada el tema de la prescripción a objeto de que en el caso de que aquella se configure, se eviten innecesarios análisis con respecto a derechos laborales prescritos, esto pues en el proceso no se estudia ninguna prestación de carácter imprescriptible.

Al respecto se vislumbra que la petición de la actora fue radicada el **09 de octubre de 2019**, por lo tanto, en aplicación a lo dispuesto por el artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968, se declarará de oficio la prescripción de las acreencias laborales que se reclaman y que fueron causadas con anterioridad al **09 de octubre de 2016**, pues el mencionado artículo establece que los derechos laborales prescribirán en un término de tres (3) años, contados a partir del momento en que los mismos se hicieron exigibles.

3.4.4. Recargos por trabajo nocturno

De conformidad con los artículos 34 y 35 del Decreto 1042 de 1978, debe entenderse por jornada ordinaria nocturna la que de manera habitual empieza y

²¹ Sentencia SL 1514 del 27 de junio de 2023, magistrado ponente: OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA.

termina entre las 6 p.m. y las 6 a.m., del día siguiente, y quienes deban trabajar ordinaria o permanentemente en jornada nocturna tienen derecho a que se les cancele un treinta y cinco por ciento (35%) por hora trabajada dentro de ese lapso, como recargo nocturno.

Examinadas las pruebas allegadas al plenario, y precisado que la demandante prestó sus servicios por el sistema de turnos que incluía horas diurnas y nocturnas, el Juzgado ordenará el reconocimiento a la demandante de los recargos nocturnos a por los turnos realizados a partir del 09 de octubre de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2018, siempre y cuando las horas con recargo sean superiores a los periodos compensados de descanso sin asignación de turno²².

MES Y AÑO	TOTAL HORAS NOCTURNAS	HORAS SIN TURNO ²³	TOTAL HORAS A REMUNERAR
Octubre 2016	59	216	0
Noviembre 2016	77	216	0
Diciembre 2016	94	240	0
Enero 2017	85	216	0
Febrero 2017	72	216	0
Marzo 2017	95	240	0
Abril 2017	93	216	0
Mayo 2017	95	192	0
Junio 2017	84	216	0
Julio 2017	95	192	0
Agosto 2017	96	192	0
Septiembre 2017	84	192	0
Octubre 2017	95	240	0
Noviembre 2017	60	168	0
Diciembre 2017	84	216	0
Enero 2018	84	216	0
Febrero 2018	81	288	0
Marzo 2018	60	240	0
Abril 2018	83	216	0
Mayo 2018	95	216	0
Junio 2018	13	600	0
Julio 2018	64	216	0
Agosto 2018	86	288	0
Septiembre 2018	54	192	0
Octubre 2018	70	216	0
Noviembre 2018	82	240	0
Diciembre 2018	57	264	0

Conforme la anterior verificación, aunque parte de los turnos se cumplían entre las 6:00 pm a las 6:00 am, no es menos cierto que había compensaciones en tal sentido mes a mes al no asignarse turnos de trabajo durante varios días; por tal razón no hay lugar a reconocimiento en este sentido..

3.4.5. Reconocimiento y pago de compensatorios

Al efecto la parte demandante señala que en el periodo objeto de análisis no se le concedieron los compensatorios al haber laborado dominicales y festivos, por

²² ARTICULO 35 Ley 1042 de 1978: DE LAS JORNADAS MIXTAS. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, 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 periodos de descanso.

²³ Se evidencia en los cuadros de turno obrantes en el proceso que mes a mes entre el 9 de octubre de 2016 y el 31 de diciembre de 2018, había días sin asignación de turno o marcados como libres.

ende, pretende el pago de los mismos; sobre el trabajo ordinario en días dominicales y festivos, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, señala que quien deba laborar en estos días tiene derecho al disfrute de un día compensatorio de descanso.

De las pruebas arrojadas se desprende que, la señora Gladys García Arango laboró dominicales y festivos en forma permanente por el sistema de turnos empleado por la entidad demandada en razón a que el servicio asistencial de salud, presupone la habitualidad y permanencia en el servicio que se presta.

El Consejo de Estado ha precisado que, cuando se hace referencia a una "habitualidad" en la prestación del servicio en domingos y festivos, no necesariamente debe comprobarse que la labor se ejerza durante todos los domingos o feriados del mes, pues basta con que se indique con certeza, en el caso de la prestación del servicio bajo la modalidad de "turnos", respecto de cuáles domingos y festivos del mes debe laborar un empleado.

En ese orden de ideas, en este asunto está demostrado el trabajo ordinario en días dominicales y festivos de manera habitual por parte de la demandante en el hospital accionado, empero, también de los mismos cuadros de turnos obrantes se observa que cada mes entre el 9 de octubre de 2016 y 31 de diciembre de 2018, la demandante contaba con varios días en que no se le asignaba turno, días libres o compensados, tal como se especificó en el acápite anterior.

Dichos días sin asignación de turno, compensados o libres no disminuían de 7 días cada mes (oscilaban entre 7 y 12 días) por lo que en vista de Despacho no hay lugar a su reconocimiento al haber sido compensado tanto el trabajo en horario nocturno como en dominicales y festivos.

3.4.6. Trabajo suplementario – Horas Extras Diurnas y Nocturnas

Teniendo en cuenta que los derechos laborales causados con anterioridad al 9 de octubre de 2016 se encuentran prescritos, se verificará si la demandante realizó trabajo suplementario (excediendo las 190 horas mensuales) a partir de dicha fecha y hasta el 31 de diciembre de 2018, esto conforme a los cuadros de turnos obrantes en el proceso y de acuerdo lo especificado en acápites previos respecto a las abreviaturas consignadas en dichos cuadros.

MES Y AÑO	TOTAL HORAS	HORAS EXTRAS
Octubre 2016	114	0
Noviembre 2016	168	0
Diciembre 2016	168	0
Enero 2017	174	0
Febrero 2017	150	0
Marzo 2017	180	0
Abril 2017	168	0
Mayo 2017	186	0
Junio 2017	168	0
Julio 2017	180	0
Agosto 2017	186	0
Septiembre 2017	174	0
Octubre 2017	174	0

Noviembre 2017	126	0
Diciembre 2017	174	0
Enero 2018	174	0
Febrero 2018	138	0
Marzo 2018	114	0
Abril 2018	168	0
Mayo 2018	180	0
Junio 2018	30	0
Julio 2018	114	0
Agosto 2018	138	0
Septiembre 2018	132	0
Octubre 2018	138	0
Noviembre 2018	156	0
Diciembre 2018	118	0

Entonces, según lo verificado por el Despacho, no hay lugar al reconocimiento y pago de trabajo suplementario en el periodo objeto de estudio.

3.4.7. Conclusión

Conforme los medios de convicción aportados al proceso por la parte actora, en especial los cuadros de turno elaborados por el Hospital accionado para la asignación de turnos del personal de enfermería entre el 9 de octubre de 2016 y 31 de diciembre de 2018, así como las declaraciones rendidas por Amilbia Gaitan y José Elberts Bocanegra, concluye el Juzgado que la demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de horas extras, compensatorios, recargos nocturnos y por ende tampoco a reliquidación de otras prestaciones sociales.

Lo anterior por cuanto con los mentados medios de prueba no se acreditó que los turnos mensuales excedieran el límite de 190 horas, tampoco se realizó esfuerzo probatorio alguno por demostrar que los días en que la demandante se encontraba en “disponibilidad” se haya realizado llamado y materialmente se hubiese prestado el servicio; por el contrario, se pudo establecer que mensualmente la demandante contaba con mínimo 7 días en que no se asignaba turno alguno, o se establecía como “compensatorio” o “libre”, por lo que tampoco es procedente el pago de recargos por trabajo en horario nocturno o pago de compensatorios por turnos cumplidos en dominicales y festivos, habida cuenta de que existieron periodos de descanso en los distintos meses.

Respecto al periodo comprendido entre febrero de 2015 y 8 de octubre de 2016, se encontró configurada la prescripción de los derechos laborales; en consecuencia de todo lo anterior no probó el vicio alegado frente al acto administrativo objeto de censura y ello conlleva a negar las pretensiones de la demanda.

4. COSTAS

Teniendo en cuenta la sentencia del 16 de abril de 2015 de la sección primera del Consejo de Estado²⁴ en el cual se manifiesta que la condena en costas no es objetiva y que de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre las costas y que debe establecerse si es o no procedente dicha condena.

²⁴ C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala. Expediente No 25000 23 24 000 2012 00446 00.

En este orden de ideas, el numeral 1º del artículo 365 C.G.P. establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Es así como el numeral 8º del artículo antes mencionado establece que habrá costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Por lo tanto, las agencias en derecho hacen parte de las costas, pero debe tenerse en cuenta que de conformidad con los numerales 3º y 4º del artículo 366 C.G.P. las agencias serán fijadas por el Magistrado Sustanciador o el Juez y deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura.

Teniendo en cuenta la argumentación antes efectuada y descendiendo al caso que nos ocupa se condenará al pago de las costas del proceso a la parte demandante, en tanto resultó vencida.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el apoderado de la parte demandada concurrió tanto a la audiencia inicial, como a la de pruebas y alegó de conclusión, se causaron agencias en derecho.

Por consiguiente, el despacho condenará en costas a la parte demandante, en tanto resultó vencida en la presente instancia, fijando como agencias en derecho la suma de \$2.164.159 equivalente al 4% de las pretensiones, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Se ordenará que la Secretaría efectúe la correspondiente liquidación, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO. Declárase probada de oficio la excepción de prescripción de los derechos laborales perseguidos en esta demanda con anterioridad al 9 de octubre de 2016, esto conforme los argumentos vertidos en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. Negar las pretensiones de la presente demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho impetrada por la señora **Gladys García Arango** en contra del **Hospital Nuestra Señora de Lourdes E.S.E. de Ataco**, conforme con lo considerado en esta providencia.

TERCERO. Condénese en costas a la parte demandante y a favor de la parte demandada, tásense tomando en cuenta como agencias en derecho la suma de \$2.164.159.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previas constancias de rigor y anotaciones en el Sistema de Gestión Judicial SAMAI.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS:

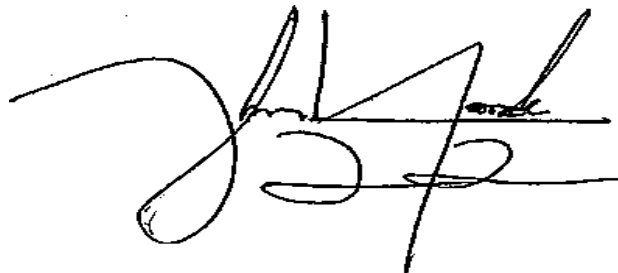
PARTE DEMANDANTE- Revisará el tema con miras a la apelación.

PARTE DEMANDADA- Conforme con la decisión.

MINISTERIO PÚBLICO- De acuerdo con la decisión.

Así las cosas, se deja constancia que cada acto procesal surtido en esta audiencia cumplió las formalidades esenciales. (Artículo 183-1-f C.P.A.C.A.).

Cumplido el objeto de la diligencia se da por terminada, siendo las 09:40 a.m. se ordena registrar el acta de conformidad con el artículo 183 del C.P.A.C.A., y realizar la reproducción de seguridad de lo actuado.



JOHN LIBARDO ANDRADE FLÓREZ
Juez


LIZARDO MORENO CARDOSO
Profesional Universitario