

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO CINCUENTA Y CUATRO (54) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., nueve (9) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto : DESCANSOS COMPENSATORIOS
Expediente No. : 110013335 008 **2019 00076 00**
Demandante : ENELDA GÓMEZ MALAGÓN
Demandado : HOSPITAL MILITAR CENTRAL.

Se encuentra el expediente al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso iniciado por la señora ENELDA GÓMEZ MALAGÓN, identificada con la cédula de ciudadanía No. 35.412.648, por intermedio de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del **HOSPITAL MILITAR CENTRAL**. Sin encontrarse causal de nulidad que invalide lo actuado y cumplidos los presupuestos y las ritualidades procesales se procede a efectuar el análisis jurídico del sub lite, de la siguiente manera:

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1 Pretensiones:

1. *La nulidad del Oficio N° E-00022-2018004618 del 25 de mayo de 2018, notificado el 7 de junio del mismo año, suscrito por la Doctora DENYS ADIELA ORTIZ ALVARADO, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, el Coronel RAUL ARMANDO MEDINA VALENZUELA como Subdirector Administrativo y por la Doctora MARIA ANDREA GRIOLLO, como Jefe de la Unidad de Talento Humano, con el cual el HOSPITAL MILITAR CENTRAL negó el reconocimiento y pago de la totalidad de los salarios causados por trabajo permanente jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días de descanso obligatorio (domingos y festivos) a que tiene derecho la demandante, causados desde el 1° de enero de 2013 y la incidencia salarial de cada uno de estos conceptos para la reliquidación de vacaciones, prestaciones sociales, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social y demás derechos percibidos por la demandante.*

2. La nulidad del oficio E-00022-2018007184 del 17 de agosto de 2018 expedido por el HOSPITAL MILITAR CENTRAL, suscrito por la Doctora DENYS ADIELA ORTIZ ALVARADO, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, el Coronel RAUL ARMANDO MEDINA VALENZUELA como Subdirector Administrativo y por la Doctora MARIA ANDREA GRIOLLO como Jefe de la Unidad de Talento Humano, con los cuales se resolvieron en forma negativa los Recursos de Reposición presentados por mi mandante y se rechazó el de apelación.
3. La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la totalidad de los recargos establecidos legalmente por realizar trabajos en forma permanente en forma nocturna, es decir, después de las 6:00 p.m., de acuerdo con la programación mensual que para el efecto realiza el HOSPITAL MILITAR CENTRAL.
4. Que el tiempo extraordinario o suplementario que labora para el HOSPITAL MILITAR CENTRAL también debe pagarse con los recargos de ley.
5. Mi mandante labora permanentemente en días de descanso obligatorio (domingos y festivos), los cuales no han sido cancelados en su totalidad.
6. El salario devengado por concepto de trabajo en jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días de descanso obligatorio debe aplicarse para la reliquidación y pago de las vacaciones, todas las prestaciones sociales y demás derechos inherentes a la relación de trabajo, incluidos los aportes a los Sistemas Integrales de Seguridad Social y Parafiscalidad.
7. La demandada está en mora de reconocer y pagar los derechos que se reclaman.
8. Que se encuentra debidamente agotada la vía gubernativa de reclamo, en los términos del Art. 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

PARTE CONDENATORIA:

A título de Restablecimiento del Derecho, comedidamente solicito se condene al HOSPITAL MILITAR CENTRAL al cumplimiento de las siguientes obligaciones a favor de mi representada:

9. El reconocimiento y pago de la totalidad de los salarios que le corresponden a mi mandante por trabajar en forma permanente en jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días domingos y festivos de acuerdo con la programación mensual que realiza el HOSPITAL MILITAR CENTRAL.
10. La reliquidación con efectos de futuro y con la permanencia necesaria en el tiempo, de las vacaciones y todas las prestaciones sociales (auxilio de cesantías, intereses sobre el auxilio de cesantías, primas, bonificaciones, auxilios y beneficios) y demás derechos de origen laboral, incluidos los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social (salud, pensiones y riesgos profesionales) y de parafiscalidad, aplicando para el efecto, la totalidad de los salarios percibidos o que deba percibir por concepto de trabajo en jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días de descanso obligatorio (domingos y festivos), y el pago de todas las diferencias que resulten por todos y cada uno de estos conceptos.
11. La reliquidación de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, teniendo en cuenta la totalidad de los factores, salarios y prestaciones devengados por mi mandante durante toda la vigencia de su relación legal y reglamentaria.
12. El pago del índice de Precios al Consumidor “IPC” o ajuste del valor certificado por el DANE e intereses moratorios sobre las cifras que resulte adeudar la demandada, mes a mes, teniendo en cuenta lo ordenado por los artículos 177 y 178 del Código de Procedimiento Administrativo, en armonía con lo dispuesto en el artículo 198 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 111 de la Ley 510 de 1999, las sentencias T-418 de 1996 y C-188 de 1999. Subsidiariamente, con fundamento en lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
13. La cancelación de costas procesales y agencias en derecho.”

1.2. Hechos de la demanda:

Como sustento de hecho de las pretensiones, la parte demandante narró lo siguiente:

1.2.1. La señora Enelda Gómez Malagón labora bajo la dependencia y subordinación del Hospital Militar Central.

1.2.2. La vinculación de la demandante con la entidad, se dio a partir del 27 de diciembre de 1990.

1.2.3. En la actualidad desarrolla las funciones propias del cargo “AUXILIAR DE SERVICIOS” en el departamento de cuidados intensivos pediátricos planta.

1.2.4. La demandante ha devengado las siguientes asignaciones básicas:

2013: \$1.287.849

2014: \$1.325.712

2015: \$1.387.491

2016: \$1.495.300

2017: \$1.383.402

1.2.5. La demandante labora mediante el sistema de turnos que son programados por la entidad.

1.2.6. En las nóminas que labora la entidad y en los recibos que expide para el pago de los salarios mensuales, constan los valores devengados por parte de la demandante por concepto de asignación básica y los demás montos salariales que le son cancelados por su trabajo en tiempo extraordinario, en jornada nocturna y en días de descanso obligatorio.

1.2.7. El objeto del Hospital Militar Central es la prestación de los servicios de salud a los afiliados y beneficiarios de las Fuerzas Militares, de conformidad con lo previsto en el artículo 41 de la Ley 352 de 1997.

1.2.8. Para cumplir su misión institucional, el Hospital Militar Central presta en forma permanente e ininterrumpida los servicios de salud a su cargo, durante las veinticuatro (24) horas del día, de todos los días del año, y en tal virtud, programa a sus servidores para que desarrollen su trabajo por el sistema de turnos.

1.2.9. En virtud de lo anterior, la necesidad de prestación de servicios en la forma indicada implica para los trabajadores con funciones misionales o propias de la entidad, prestar los servicios habitualmente durante todos los días de la semana, incluidas las horas de la noche y los domingos y feriados que son de descanso obligatorio por disposición legal.

1.2.10. La jornada nocturna inicia a las 6:00 p.m. y termina a las 6:00 a.m. del día siguiente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978.

1.2.11. El trabajo en jornada nocturna se remunera con un recargo adicional del 35% por orden expresa del mencionado artículo 34 del Decreto 1042 de 1978.

1.2.12. Adicionalmente, en forma permanente, la actora debe trabajar durante los días domingos y festivos, considerados por la ley como de descanso obligatorio.

1.2.13. Por expresa disposición del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, el trabajo en días domingos y festivos debe ser remunerado en un monto 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.

1.2.14. La programación de turnos en el Hospital Militar Central se maneja por medio de planillas mensuales, por áreas o servicios y por mes calendario.

1.2.15. Cada planilla de programación de turnos incluye el nombre del servidor público y su situación administrativa se precisa en la columna que señala el día calendario.

1.2.16. Cada fecha diaria se distingue con la primera letra del respectivo día, en orden consecutivo a cada día de la semana, y las casillas correspondientes a los días domingos y lunes festivos aparecen sombreadas.

1.2.17. Los días en que la demandante no era programada para trabajar, se clasifican como libres y aparecen señalados con la letra "L".

1.2.18. Los días en que la reclamante presta su turno, se colocan otras distinciones para indicar el turno mañana (M), tarde (T), noche uno (N1), o noche 2 (N2), o el área a la cual ha sido asignada (Piso 3 P3), entre otras convenciones realizadas por el programador de turno.

1.2.19. El Hospital Militar Central usa diferentes símbolos para identificar la situación en la que diariamente se encuentra cada trabajador.

1.2.20. En las filas de los días domingos o lunes festivos, en donde en las programaciones no aparezca la “L” que indica “libre”, significa que la demandante laboró en esa fecha.

1.2.21. En las planillas de programación de turnos de la demandante, aparecen además los días domingos y festivos laborados y el turno en el cual debió prestar sus servicios.

1.2.22. Con base en el horario asignado, en caso de que la reclamante trabajara en jornada nocturna, se le debe pagar el 35% adicional del valor de la hora de trabajo.

1.2.23. Igualmente, los domingos y festivos trabajados, debieron ser remunerados con el doble del salario diario, más un descanso compensatorio.

1.2.24. Los pagos por recargo nocturno y por dominicales y festivos trabajados por la demandante, deben ser cancelados en la nómina del mes siguiente. Solamente los laborados en diciembre se pagan en ese mismo mes; por esa razón, generalmente no aparecen pagos en enero por ese concepto.

1.2.25. La entidad demandada no ha pagado la totalidad de los salarios causados por recargo nocturno o festivo, porque a pesar de que la ley ordena pagar esos conceptos, el hospital liquida las horas normales en el caso de los domingos y festivos.

1.2.26. Los dineros percibidos y los que deben ser recibidos por la actora por trabajar en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, son salario con todos los efectos prestacionales.

1.2.27. Los salarios que la demandante debe percibir por trabajo en jornada nocturna, en tiempo extraordinario, o en días de descanso obligatorio, son excluidos por el Hospital Militar Central de la base para liquidar vacaciones, prestaciones sociales (primas, auxilios, bonificaciones, subsidios, cesantías e intereses de cesantías), y aportes a los Sistemas Integrales de Seguridad Social y Parafiscalidad.

1.2.28. Como empleada del Hospital Militar Central, la peticionaria devenga además de su salario básico mensual, y de los salarios por trabajo en tiempo extraordinario, en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los siguientes derechos prestacionales: subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones, bonificación por recreación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad y cesantías.

1.2.29. Los pagos que la actora ha recibido por concepto de prima de vacaciones, bonificación por recreación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad, vacaciones, cesantías, y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social y Parafiscalidad fueron liquidados con un salario inferior, porque de su base se excluyó el salario cancelado por concepto de trabajo en jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días domingos y festivos.

1.2.30. El Hospital Militar Central se abstiene de pagar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social con base en todos los factores y salarios devengados como lo ordenan los artículos 18 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

1.2.31. Solamente a partir de mayo de 2018 (aportes correspondientes al mes de abril), el Hospital Militar Central comenzó a pagar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social con algunos factores y salarios adicionales al sueldo básico.

1.2.32. Mediante escrito radicado en las dependencias del Hospital Militar Central el 18 de abril de 2018, se solicitó por la vía gubernativa el reconocimiento y pago de los mismos derechos que ahora se reclaman con esta demanda.

1.2.33. La demandada dio respuesta negativa a la petición presentada en nombre de la demandante, como consta en el contenido de la comunicación E-00022-2018004618 del 25 de mayo de 2018.

1.2.34. Frente a la anterior decisión se interpuso recurso de reposición, el cual fue negado mediante el Oficio N° R-00003-2018011012 del 22 de junio de 2018.

1.2.35. Mediante comunicación radicada en la Procuraduría General de la Nación el 26 de octubre de 2018, la demandante solicitó convocar al Hospital Militar Central, para adelantar diligencia de conciliación extrajudicial.

1.2.36. La diligencia de conciliación se adelantó el 11 de diciembre de 2018, ante la Procuraduría 196 Judicial para Asuntos Administrativos, durante la cual la

apoderada de la entidad demandada manifestó la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones propuestas por la demandante, dado que esa fue la orientación impartida por el Comité de Conciliación de la misma, cumpliéndose el requisito de procedibilidad por la actora.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

El apoderado de la parte actora invoca como normas violadas las siguientes:

Constitucionales.

- Preámbulo y artículos 1º, 2, 13, 25, 53, 113, 123, 189, y 336 de la Constitución Política de Colombia.

Legales.

- Ley 4 de 1992.
- Leyes 344 de 1996, 244 de 1995, y 1071 de 2006.
- Decreto 2400 de 1968.
- Decreto Ley 3135 de 1968.
- Decretos 1042 y 1045 de 1978.
- Decreto 2701 de 1988.
- Decreto 1158 de 1994.
- Ley 100 de 1993, artículo 18.

La parte accionante estructuró el concepto de la violación de la siguiente manera:

El apoderado libelista manifestó que los actos administrativos acusados son nulos porque fueron expedidos con desconocimiento de las normas en que deberían fundarse y porque en su contenido se evidencia una insuficiente motivación, contraria a los derechos de la actora, en razón a por ley se encuentra consagrado que todos los trabajadores tienen derecho a un descanso remunerado y en días domingos o feriados, tal y como lo establece el artículo 53 de la Constitución Política

Señaló que en nuestro país, este descanso fue regulado por la ley 51 de 1983 tanto para el sector público como privado, que en sus artículos 1º y 2º determinó los días de fiesta civil o religiosa que estaban sujetos a dicho derecho remunerado e indicó que el trabajo para esos días se liquidará como el descanso dominical.

Afirmó que en virtud de lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, los empleados 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 por haber laborado el mes completo, integrando la asignación mensual.

Así mismo, manifestó que de conformidad con el Art. 33 *Ibidem*, la asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el Decreto mencionado, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales, que se entiende por jornada ordinaria nocturna la que de manera habitual empieza y termina entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. del día siguiente, y que sin perjuicio de los que dispongan las normas especiales para quienes trabajan por el sistema de turnos, los empleados que ordinaria o permanentemente deban trabajar en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual, haciendo la salvedad, que no cumplen jornada nocturna los funcionarios que después de las 6:00 p.m. completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo.

Adujo que el Art. 42 del mismo Decreto, señala en forma expresa que además de la asignación básica fijada por la Ley para los diferentes cargos, del valor de trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Agregó que el Hospital Militar ha interpretado equivocadamente la aplicación de las normas que regulan el tema, en tanto ha considerado que la existencia del Régimen Salarial y Prestacional “especial” establecido en el Decreto 2701 de 1988, excluyendo la aplicación de las disposiciones complementarias establecidas en las normas que rigen en forma general para los servidores públicos del Estado y con base en dicha conclusión, se abstuvo de aplicar el Art. 42 del Decreto 1042 de 1978, que determina con claridad que los dineros percibidos por concepto de trabajo realizado en jornada nocturna, en tiempo extraordinario o en días de descanso obligatorio, constituyen salario y en consecuencia, debe aplicarse para todos los efectos.

Indicó, que si bien es cierto, el Decreto 2701 de 1988 señala en forma taxativa que factores se tienen en cuenta para efectos de liquidar algunos derechos como las

vacaciones, las primas, las cesantías y sus intereses, también lo es que dicho decreto, por ser especial, dictado para un grupo de servidores estatales, debe en lo no previsto expresamente, complementarse con las normas que en general rigen para los servidores públicos del País; lo contrario sería tanto como considerar que la “especialidad” de dicha normatividad es excluyente, discriminatoria y contraria al principio de progresividad que rige el derecho al trabajo y especialmente su remuneración, lo cual también es contrario al concepto de dignidad humana; agregó que el Decreto 2701 de 1988 no contiene ningún concepto que determine que es o que se considera como salario para efectos prestacionales.

Como acto seguido, transcribió algunos apartes de sentencias del Consejo de Estado, para inferir que es evidente que el trabajo desarrollado por los empleados públicos del Hospital Militar Central los días domingos y festivos, es permanente y habitual y por lo tanto, además de la remuneración estipulada en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, es necesario otorgar el descanso compensatorio para el trabajador.

Consideró que los actos administrativos demandados no explican la razón de su decisión, en consecuencia se incurre en una falsa motivación, afectando de forma directa y grave los derechos de contradicción y defensa de la accionante, propios del debido proceso.

Manifestó, que de conformidad con el contenido del Decreto 1042 de 1978, el cual es aplicable a los empleados públicos del Hospital Militar Central, las sumas causadas a favor de la demandante por concepto de recargos nocturnos y dominicales deben formar parte del salario que servía de base para liquidar sus prestaciones sociales, y en especial los aportes a seguridad social.

Señaló que adicional a lo indicado, y de conformidad con los factores salariales contemplados en el Decreto 691 de 1994 modificado por el Decreto 1158 de 1994, los salarios percibidos por el trabajo en forma nocturna o en días de descanso obligatorio, también deben ser contabilizados como base de la liquidación de aportes pensionales que por unificación de la planilla de liquidación aplica para los demás derechos cobijados por el Sistema Integral de Seguridad Social.

Además, hizo referencia al Art. 18 de la Ley 100 de 1993, el cual señala que la base para calcular las cotizaciones a seguridad social será el salario mensual, y que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el

que señale el Gobierno de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4 de 1992, y ese concepto salarial es el establecido en el Art. 42 del Decreto 1042 de 1978.

1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El apoderado del ente hospitalario aceptó que la Señora Enelda Gómez Malagón se encuentra vinculada al Hospital Militar Central desde el 27 de diciembre de 1990, desarrollando en la actualidad el cargo Auxiliar de Servicios en el departamento de cuidados intensivos pediátricos planta.

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda y fundamentó sus razones de defensa indicando que no es cierto lo que afirma la demandante sobre las horas y turnos laborados, ya que laboraba de lunes a viernes de 1:30 p.m. a 8:00 p.m., y los fines de semana de conformidad con la programación de turnos y en cumplimiento del artículo 34 del Decreto 1042 de 1978.

Señaló que el Decreto Ley 2701 de 1988, que establece el régimen prestacional del personal a cargo del Hospital Militar Central y consagra expresamente los factores de salario para liquidar prestaciones sociales, no consagra como emolumento base para liquidar prestaciones sociales los salarios causados por jornada nocturna y en día de descansos obligatorios (domingos y festivos).

Afirmó que los recargos, horas extras, y los dominicales y festivos laborados efectivamente por la demandante por la demandante, fueron debidamente cancelados, y el hecho de haber devengado ese salario no le ofrece incidencia prestacional, al no estar contemplados en el Decreto Ley 2701 de 1988.

Adujo que la jornada laboral que por regla general deben cumplir los servidores públicos es de 44 horas semanales, distribuidas en secciones diarias de 8 horas de lunes a viernes y 4 horas el día sábado, de acuerdo con el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978, que determina que la asignación básica corresponde a ese periodo de tiempo.

En cuando al trabajo los días domingos y festivos tienen el carácter de ser días obligatorios de descanso obligatorio, por lo que la remuneración surge cuando efectivamente se presta el servicio, y su remuneración está prevista en los artículos 39 y 40 del Decreto 1042 de 1978, que establece que 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, teniendo en cuenta

los criterios de habitualidad, permanencia u ocasionalidad en que se preste el servicio.

Para culminar transcribió algunos apartes jurisprudenciales y destacó 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 dicho emolumento; no obstante, a la actora se le aplican los acuerdos con el alcance señalado en el Decreto 160 de 2014 y en la Circular No. 041, por lo que se debe verificar la prestación efectiva del servicio, el criterio relacionado con la permanencia, el grado y nivel del empleo, y en todo caso lo reclamado se encuentra extinguido por la prescripción y no enlistado en el Decreto Ley 2701 de 1988, pues su pago está dirigido a los empleos del nivel técnico hasta el grado 24 o nivel asistencial hasta el grado 32.

Que en virtud de lo anterior, no existe fundamento para decretar la nulidad de los actos administrativos demandados, ni para reconocer como factor salarial las horas extras, recargos nocturnos, y trabajo en dominicales y festivos.

Como fundamento de defensa para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones que se enumeran a continuación:

2.1.1. Falta de causa e inexistencia de la obligación y pago: En razón a que el Hospital Militar Central procedió conforme a la ley, al momento de verificar la prestación efectiva del servicio, y en todo caso, encontró la presencia de la prescripción sobre las pretensiones incorporadas en la demanda. Adicionalmente, se logró establecer que la entidad le reconoció y pagó los dominicales y festivos que laboró la demandante.

2.1.2. Prescripción: Solicita se tenga en cuenta la prescripción de los derechos presuntos y eventuales reclamados en la demanda desde el año 2013, que se encuentran a simple vista extinguidos.

2.1.3. La genérica: Que se declaren las que encuentre probadas de oficio el Juzgado.

3. AUDIENCIA INICIAL (ARTÍCULO 180 C.P.A.C.A.) y AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO.

Por auto de fecha treinta y uno (31) de julio de 2019, el Despacho citó a audiencia inicial, la cual se llevó a cabo el día veintiocho (28) de agosto de 2019. Dentro de dicha audiencia se indicó que las excepciones propuestas por la entidad demandada constituían verdaderos argumentos de defensa por tener relación directa con la decisión de mérito y que por lo tanto, serían examinadas junto con el fondo del asunto objeto de controversia. Además se decretaron las pruebas solicitadas por la parte actora.

Allegada la documental requerida, a través de auto de 10 de octubre de 2019 se corrió traslado a las partes de las pruebas allegadas, el cual fue descrito por la parte demandante oponiéndose a una de las respuestas presentadas por la demandada frente al interrogatorio propuesto por la demandante, por lo que mediante auto del treinta y uno de octubre de 2019, se requirió a la Directora General del Hospital Militar Central para que diera una respuesta concreta frente a la misma. Una vez allegada la respuesta, se corrió traslado a las partes mediante auto del 13 de diciembre de 2019, y vencido dicho término, mediante auto del 30 de enero de 2020 se cerró el debate probatorio, y se dispuso la presentación por escrito de las alegaciones finales dentro de los 10 días siguientes a la diligencia, a cuyo efecto, la parte actora presentó escrito de alegaciones finales, presentado argumentos similares a los dispuestos en la demanda (fls. 208 a 226) y la entidad demandada presentó sus alegaciones finales ratificando los argumentos de la contestación (fls. 204 a 207).

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

Este Despacho es competente para conocer y decidir el asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 2° del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde al Despacho determinar si la señora Enelda Gómez Malagón, en calidad de empleada pública del Hospital Militar Central, tiene derecho o no al reconocimiento y pago de la totalidad de los salarios causados por trabajo permanente jornada nocturna, en tiempo suplementario y en días de descanso obligatorio (domingos y festivos), causados desde el 1° de enero de 2013, tomando

dichos conceptos como base salarial para la liquidación de vacaciones, prestaciones sociales, y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social y Parafiscales.

3. ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS.

En el presente caso se controvierte la legalidad de los siguientes actos administrativos:

- **Oficio N° E-00022-2018004618 del 25 de mayo de 2018**, mediante el cual el HOSPITAL MILITAR CENTRAL negó el reconocimiento y pago de la totalidad de los salarios causados por trabajo permanente jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días de descanso obligatorio (domingos y festivos), causados desde el 1° de enero de 2013 y la incidencia salarial de cada uno de estos conceptos para la reliquidación de vacaciones, prestaciones sociales, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social y Parafiscales.

- **Oficio No. E-00022-2018007184 del 17 de agosto de 2018**, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión anterior, confirmándola en todas sus partes, y se rechazó el recurso de apelación.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

Para efectos de dilucidar la cuestión litigiosa el Despacho procede a establecer el marco jurídico aplicable, de tal suerte que sea factible determinar los efectos jurídicos que deban ser tenidos en cuenta para resolver la solicitud de reconocimiento y pago de un día de descanso compensatorio por cada dominical o festivo laborado a la accionante.

4.1. En primer lugar, es menester referir que el Hospital Militar Central fue creado a través del Decreto 2775 del 27 de octubre de 1959, como un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Defensa, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, cuyo régimen de personal ostenta la calidad de empleado público o trabajador oficial.

Más adelante se profirió el Decreto Ley 2701 de 1988, “por el cual se reformó el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional”, que determinó respecto a la jornada de trabajo, que “los empleados públicos y trabajadores oficiales debían prestar sus servicios dentro de la jornada reglamentaria de la respectiva entidad”¹ y que la remuneración de unos y otros, se regía por los preceptos legales vigentes y los contratos de trabajo, respectivamente², excluyendo a dicho personal de la aplicación de las normas establecidas para los empleados públicos y trabajadores oficiales de la cartera ministerial.³

De otra parte, el Decreto Ley 1301 de 1994 le dio al Hospital Militar Central el carácter de Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, conservando su naturaleza de establecimiento del orden nacional y ordenando en su artículo 88 que los empleados públicos y trabajadores oficiales que hacían parte de dicha entidad, para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras y subsidios se registrarían por las normas legales que para esta clase de servidores estableciera el Gobierno Nacional.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 352 de 1997 se derogó el Decreto antes referido, y se dispuso en su artículo 46, que las personas vinculadas al ente hospitalario, tendrían el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales, y que en materia salarial y prestacional, se sujetarían al régimen especial que estableciera el Gobierno Nacional.

Así mismo, mediante el Decreto 02 de 1998 se aprobó el Acuerdo 06 de 1997 por medio del cual la Junta Directiva del Hospital Militar Central adoptó los estatutos de dicha institución, y en el capítulo V, se reguló el régimen de personal en materia salarial y prestacional, reiterando lo preceptuado en la Ley 352 de 1997, así:

“23. Régimen Salarial. Los empleados y trabajadores oficiales que prestan sus servicios en el Hospital Militar Central para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos y subsidios **se registrarán por las disposiciones legales que para esta clase de servidores haya establecido el Gobierno Nacional**”. (Negrilla del Despacho).

¹ Artículo 6.

² Artículo 7.

³ Artículo 1, inciso 2. “En consecuencia, el personal de que trata el presente Decreto, **no se registrará** por las normas establecidas **para los empleados públicos y trabajadores oficiales del Ministerio de Defensa Nacional**”

Conforme lo anterior, queda claro que el legislador en forma repetida facultó al Gobierno Nacional para dictar disposiciones especiales relativas al régimen de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos de los servidores del Hospital Militar Central, reglamentación que hasta la fecha no se ha expedido, y en esas condiciones, deberá acudirse a la aplicación de las normas generales que regulan el reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos de los empleados públicos, esto es, al Decreto 1042 de 1978, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 5ª del mismo año, aplicable a los empleos del sector central y descentralizado del orden nacional.

En ese sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto de fecha 09 de marzo de 2000, con ponencia del Consejero Dr. Flavio Rodríguez Arce, manifestó lo siguiente:

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

En igual sentido, se pronunció el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, expediente 08001-23-31-000-2002-01064-01(0889-10), Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia de 19 de abril de 2012, en los siguientes términos:

"(...)

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

(...) (Resaltado por el despacho).

Ahora bien, el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, regula el trabajo ordinario en días dominicales y festivos y la forma en que se debe remunerar, en los siguientes términos:

"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...”

La norma transcrita contempla que el trabajo realizado en días de descanso obligatorio, es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada y bajo dicha circunstancia tiene un tratamiento remunerativo diferente al trabajo realizado en los días de descanso dominical y festivo, cuando se trate de situaciones habituales y permanentes, o excepcionales. En el primer caso, se remunera con una suma equivalente al doble del valor de un día de trabajo -valor 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 el segundo caso, con un día de descanso o con una retribución igual al doble de la remuneración de un día de trabajo, a elección del servidor.

Por su parte, el artículo de la misma normativa señala:

«Artículo 40°.- *Del trabajo ocasional en días dominicales y festivos. Por razones especiales de servicio podrá autorizarse el trabajo ocasional en días dominicales o festivos.*

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

a) Sus empleos deberán tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos.

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».

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

En lo que respecta al concepto de «*ocasional*» y «*habitual*», 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*»⁴.

En ese orden de ideas, de conformidad con el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, cuando el empleado público, en este caso vinculado con el Hospital Militar Central, 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.

Ahora bien, en lo que respecta 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 al Hospital Militar Central, se deben tener en cuenta los contemplados en la Ley 2701 de 1988 en la siguiente forma:

"ARTÍCULO 27. FACTORES SALARIALES PARA LIQUIDACION DE VACACIONES Y PRIMA DE VACACIONES. Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este Decreto, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas:

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

⁴ Parágrafo 2º, artículo 179

f) La bonificación por servicios prestados."

"ARTÍCULO 29. FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDAR PRIMA DE NAVIDAD. Para el reconocimiento y pago de la prima de navidad se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

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

"ARTÍCULO 53. FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario.

- a) La asignación básica mensual.
- b) Los gastos de representación.
- c) Los auxilios de alimentación y transporte.
- d) La prima de navidad.
- e) La bonificación por servicios prestados.
- f) La prima de servicios.
- g) Los viáticos que reciban los empleados y trabajadores en comisión, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta (180) días en el último año de servicio.
- h) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-ley 710 de 1978.
- i) La prima de vacaciones.
- j) Las primas y bonificaciones que hubieren sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto-ley 3130 de 1988."

"ARTÍCULO 54. FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDAR OTRAS PRESTACIONES. Para determinar el valor de la indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional y del seguro por muerte, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

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

Resulta claro de la lectura de las normas transcritas anteriormente, 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 señaladas.

5. CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso en concreto, y de las pruebas allegadas por la parte demandante y por la parte demandada, se encuentra probado que la señora Enelda

Gómez Malagón prestó sus servicios como Auxiliar de Servicios en el Hospital Militar Central a partir del 27 de diciembre de 1990, el cual continuaba prestando a la fecha de presentación de la demanda (fls. 38 a 43); que la demandante trabajaba con el sistema de turnos, laborando habitualmente los domingos y festivos, por lo que tiene derecho al pago de los salarios y al reconocimiento de los días compensatorios, de conformidad con lo previsto en el Art. 39 del Decreto Ley 1042 de 1978.

La demandante presentó derecho de petición el 18 de abril de 2018, donde solicitó el reconocimiento y pago de la totalidad de los salarios causados por trabajo permanente jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días de descanso obligatorio (domingos y festivos), causados desde el 1° de enero de 2013, y la incidencia salarial de cada uno de estos conceptos para la reliquidación de las vacaciones y todas las prestaciones sociales (auxilio de cesantías, intereses sobre el auxilio de cesantías, primas, bonificaciones, auxilios y beneficios) y demás derechos de origen laboral, incluidos los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social (salud, pensiones y riesgos profesionales) y de parafiscalidad, aplicando para el efecto, la totalidad de los salarios percibidos o que deba percibir por concepto de trabajo en jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días de descanso obligatorio (domingos y festivos), y el pago de todas las diferencias que resulten por todos y cada uno de estos conceptos (fs. 44 a 53).

La entidad dio respuesta negativa a dicha petición mediante el Oficio N° E-00022-2018004618 del 25 de mayo de 2018, y mediante el Oficio No. E-00022-2018007184 del 17 de agosto de 2018, resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la anterior decisión, confirmándola en todas sus partes, y rechazando la apelación, con lo cual se agotó el procedimiento administrativo.

La demandante afirma, que el Hospital Militar Central no ha pagado en forma completa el servicio prestado en horas extras, y días de descanso obligatorio (domingos y festivos), sin que se hubiere allegado prueba de su aseveración; por el contrario, la entidad demandada asegura en la contestación de la demanda, que dichos conceptos sí fueron pagados de conformidad con los Arts. 34 a 39 del Decreto 1042 de 1978, y así se logra verificar de la revisión de los desprendibles de nómina de la demandante del año 2013 al año 2017, esto es, que la entidad demandada sí pagó dichos conceptos, en las oportunidades en que efectivamente

se prestó el servicio; documentos que fueron adosados por la actora en los folios 74 a 83⁵.

Además, en cuanto a la excepción de “FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y PAGO”, la apoderada de la parte actora aseveró *“Aunque en esta excepción se refiere solamente al pago integral de los recargos generados por el trabajo en días domingos y festivos, ratifico ante el señor juez, que la discusión jurídica va mucho más allá y en especial, frente a la incidencia prestacional...”* (fl. 169)

De igual forma, según respuesta de la jefe de la Oficina Asesora Jurídica, se explica cómo se liquida los recargos nocturnos, dominicales y festivos y horas extras diurnas, encontrándose ajustado al ordenamiento jurídico (fls. 182 – 185).

En ese orden de ideas, no queda otro camino para esta sede judicial que negar la pretensión de reconocimiento y pago en dicho sentido.

Descendiendo al estudio de la pretensión de reliquidación de vacaciones y demás prestaciones sociales que devengó la demandante, con base en las horas extras, y trabajo en días de descanso obligatorio, resulta improcedente, ya que tal como se indicó en el acápite normativo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 27, 29, 53, y 54 de la Ley 2701 de 1988, norma que rige el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional, dentro de ellos el Hospital Militar Central, la remuneración por trabajo en horas extras, trabajo suplementario, y días de descanso obligatorio (domingos y festivos), no constituyen factores salariales para la liquidación de las prestaciones sociales, razón por la que se negará esta pretensión.

En cuanto al pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social con base en las horas extras, y trabajo en días de descanso obligatorio, tanto la parte demandante, como la parte demandada, coinciden en indicar, que solo a partir del mes de mayo de 2018, correspondiente al periodo de cotización del mes de abril de 2018, el Hospital Militar Central comenzó a pagar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, incluyendo los factores de trabajo suplementario, horas extras o realizado en jornada nocturna, así como la remuneración por trabajo dominical

⁵ De la lectura de los mismos se extrae que se pagaba: recargo nocturno, dominical y/o festivo.

o festivo, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 1° del Decreto 1158 de 1994⁶, que modificó el artículo 6° del Decreto 691 de 1994 (fls. 9 y 183 y 184), por lo que en cumplimiento de esta norma, la actora sí tendría derecho a que se ordene el pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, teniendo en cuenta la remuneración por trabajo suplementario, de horas extras o realizado en jornada nocturna, así como la remuneración por trabajo dominical o festivo, comprendidos entre el 1° de enero de 2013, hasta el periodo de cotización del mes de marzo de 2018.

Ahora bien, en materia de prescripción debe darse aplicación a lo contenido en el Decreto 2701 de 1988 *«Por el cual se reforma el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional»*, y no al Decreto 3135 de 1968, que establece la prescripción trienal.

El Decreto 2701, en su artículo 77, prevé:

*«...**PRESCRIPCIÓN.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto, prescribirán en cuatro (4) años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El reclamo escrito del empleado o trabajador, ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual (...).»*

No obstante lo anterior, los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social son imprescriptibles, por lo que no se puede aplicar a estos aportes la prescripción contemplada en el Art. 77 del Decreto 2701 de 1988. Así lo ha determinado el Ministerio de Protección Social⁷ en su función de ente regulador por excelencia en materia de la protección social, legitimado en tal virtud para dictar normas y directrices en lo atinente al Sistema de Seguridad Social Integral según lo normado en el artículo 208 de la Constitución Política de 1991, entidad que señaló lo

⁶ ARTÍCULO 1°. El artículo 6° del Decreto 691 de 1994, quedará así:
"Base de cotización".

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

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

⁷ Concepto 00028 de 09 de enero de 2006.

siguiente: “(...) *En cuanto a la prescripción de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones, debe indicarse que dicha figura no ha sido contemplada en las normas que regulan los sistemas citados, por tal razón, esta oficina considera que los aportes adeudados en salud y pensiones, por ser recursos de carácter parafiscal, no prescriben*”.

La razón jurídica relevante de dicha imprescriptibilidad, se traduce en la aplicación preferente de las normas que se relacionan de manera directa con los derechos irrenunciables e imprescriptibles que se derivan del trabajo humano.

En lo referido al régimen aplicable a los aportes al Sistema de Seguridad Social, su tratamiento dista del diseñado para los derechos subjetivos que son susceptibles de transacción o de renuncia y por ende, de prescripción, en razón a que el Derecho de la Seguridad Social Integral por encontrarse íntimamente relacionado con el trabajo humano, también configura un régimen jurídico de orden público cuyos derechos y prerrogativas por mandato legal, son irrenunciables, a que los aportes al Sistema de Seguridad Social y especialmente los del Sistema General de Pensiones, como lo ha definido la ley y la abundante jurisprudencia constitucional, no pertenecen al empleador, al trabajador (en este caso empleada pública), o a la administradora o entidad correspondiente, antes bien, son bienes públicos de naturaleza parafiscal, que no constituyen impuestos ni contraprestación salarial, implicando con ello que dichos valores no pueden destinarse a otros fines a las previstas en la norma especial aplicable al Sistema, es decir, no son de libre disposición, y a que, si la prescripción se predica de derechos de libre disposición, y los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones en tanto constituyen recursos de orden parafiscal, no son de libre disposición, bajo esa lógica se desprende que los aportes destinados al Sistema General de Pensiones no tienen término prescriptivo alguno.

El tema de imprescriptibilidad de los aportes a seguridad social, también fue estudiado en Sentencia de Unificación por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, fecha 25 de agosto de 2016, Rad. No. 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16, Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL, en los siguientes términos:

« Pese a lo anotado, en atención a que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, que es imprescriptible, tal como se explicó en precedencia, la accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1° de julio de 1986 y el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los

honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.». (Negrilla del despacho)

Pese a lo anotado, en atención a que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, que es imprescriptible, tal como se explicó en precedencia, la accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1° de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2018) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (incluido la remuneración por trabajo suplementario, de horas extras o realizado en jornada nocturna, así como la remuneración por trabajo dominical o festivo que hubiere percibido la demandante), mes a mes, y deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, respecto de los salarios percibidos como remuneración por trabajo suplementario, de horas extras o realizado en jornada nocturna, así como la remuneración por trabajo dominical o festivo. Para tal efecto, la demandante deberá cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le atañe como empleada, por los conceptos mencionados, ya que tal como se refleja de la revisión de los desprendibles de nómina adosados por la misma, el Hospital Militar Central hizo pagos por trabajo suplementario, en horas extras, en jornada nocturna, así como por trabajo dominical o festivo, pero no hizo descuento para aportes a seguridad social por dichos conceptos a la demandante.

En cuanto a las cotizaciones al Sistema de Salud, las mismas deben realizarse por el empleador, según los porcentajes que le corresponda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, por el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2018, respecto de los pagos realizados a la demandante por concepto de trabajo suplementario, en horas extras, en jornada nocturna, así como por trabajo dominical o festivo.

Finalmente, en cuanto al pago de Parafiscales, el ingreso base que se debe tener en cuenta es el contemplado en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982⁸, norma que señala: “Para efectos de la liquidación de los aportes al Régimen del Subsidio Familiar,

Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración (ESAP), Escuelas Industriales e Institutos Técnicos, se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales”, por lo que, es necesario remitirse al Art. 39 de la Ley 1042 de 1978, y en dicho sentido, el trabajo en días dominicales o festivos debe ser objeto de aportes parafiscales, los cuales afirma la entidad han sido pagados de conformidad, no existiendo prueba que demuestre lo contrario, por lo que no se accederá a la pretensión de reconocer y ordenar el pago de horas extras y trabajo en días dominicales y festivos, por éste concepto.

6. DECISIÓN.

De acuerdo al análisis fáctico, jurídico y probatorio expuesto, el Despacho declarará la nulidad parcial de los actos administrativos acusados - Oficio N° E-00022-2018004618 del 25 de mayo de 2018 y Oficio No. E-00022-2018007184 del 17 de agosto de 2018 -, y como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará al Hospital Militar Central, tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1° de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2018) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (incluida la remuneración por trabajo suplementario, de horas extras o realizado en jornada nocturna, así como la remuneración por trabajo dominical o festivo que hubiere percibido la demandante), mes a mes, y deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, respecto de los salarios percibidos como remuneración por trabajo suplementario, de horas extras o realizado en jornada nocturna, así como la remuneración por trabajo dominical o festivo. Para tal efecto, la demandante deberá cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le atañe como empleada, por los conceptos mencionados.

Así mismo, se ordenará al Hospital Militar Central, realizar las cotizaciones al Sistema de Salud, según los porcentajes que le corresponda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, por el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2018, respecto de los pagos realizados a la demandante por concepto de trabajo suplementario, en horas extras, en jornada nocturna, así como por trabajo dominical o festivo.

A las sumas antes señaladas, y una vez efectuada la liquidación de las diferencias adeudadas, el valor resultante será indexado de acuerdo al inciso final del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, mediante la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que se obtiene de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, certificado por el DANE, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente.

Debe aclararse que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada aporte pensional y para los demás emolumentos, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Se negarán las demás pretensiones de la demanda, como atrás se indicó.

7. COSTAS.

Al respecto en el artículo 188 del C.P.AC.A estableció lo siguiente a saber:

*“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia **dispondrá** sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”* Resaltado fuera de texto.

Ahora bien, el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil señaló que:

“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquéllos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, a la que pierda el incidente o los trámites especiales que lo sustituyen, señalados en el numeral 4 del artículo 351, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este Código. En ningún caso la nación, (las instituciones

financieras nacionalizadas), los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales y los municipios podrán ser condenados a pagar agencias en derecho, ni reembolso de impuestos de timbre. 2. La condena se hará en sentencia; en el auto que resuelve el incidente o trámite especial que lo sustituye, el recurso y la oposición; para estos efectos se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 73. 3. En la sentencia de segundo grado que confirme en todas sus partes la del inferior; se condenará al recurrente en las costas de la segunda instancia.” (Subrayado fuera de texto).*

El honorable Consejo de Estado, ha dejado claro que en procesos declarativos como el que nos concierne, se aplica un régimen subjetivo, por lo que no es suficiente la comprobación de que el demandante o la entidad demandada haya perdido el juicio y la acusación de las costas dentro del proceso, sino que adicionalmente el juez debe verificar la buena o mala fe desplegada por la parte vencida.⁹

De la norma transcrita se observa que para la condena en costas se hace un juicio en el que no tiene relevancia la conducta de las partes, pues se afirma que quien es vencido en el proceso debe asumir la condena al pago de las costas; sin embargo, considera el Despacho que esta concepción absolutista contraría los principios constitucionales de gratuidad y libre acceso a la administración de justicia; por lo que de acuerdo con la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado, resulta una interpretación más razonable, la de ponderar en cada caso la conducta de las partes dentro del proceso para “disponer” de la condena en costas, de acuerdo con el artículo 188 del C.P.A.C.A.

Así las cosas, considerando que no se observó en las partes una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida en este proceso, y que los argumentos de la demanda y de la contestación de la demanda estuvieron racionalmente fundamentados en un estudio eminentemente jurídico, no procede la condena en costas. Esta evaluación se realiza con fundamento en lo ordenado en el Artículo 55 de la ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Cuatro Administrativo del Circuito de Bogotá - Sección Segunda**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

⁹ Ver sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Subsección A. Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON, Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011). Radicación Número: 25000-23-26-000-1996-02052-03(39030). Actor: ECOSALUD

R E S U E L V E:

PRIMERO.- DECLARAR parcialmente probadas las excepciones denominadas “*Falta de Causa, Inexistencia de la Obligación y Pago*”, propuestas por la entidad demandada – Hospital Militar Central -, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial del **Oficio N° E-00022-2018004618 del 25 de mayo de 2018 y del Oficio No. E-00022-2018007184 del 17 de agosto de 2018**, proferidos por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, el Subdirector Administrativo, y la Jefe de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central, mediante el cual se le negó a la señora Enelda Gómez Malagón, el reconocimiento y pago de la totalidad de los salarios causados por trabajo permanente jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días de descanso obligatorio (domingos y festivos), causados desde el 1° de enero de 2013 y la incidencia salarial de cada uno de estos conceptos para la reliquidación de vacaciones, prestaciones sociales, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social y Parafiscales, única y exclusivamente en lo que respecta al pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, por los salarios devengados por la demandante durante el 1° de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2018, por trabajo suplementario, en horas extras, en jornada nocturna, así como por trabajo dominical o festivo.

TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al HOSPITAL MILITAR CENTRAL, a cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión de la señora ENELDA GÓMEZ MALAGÓN, identificada con la cédula de ciudadanía N° 35.412.648, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, durante el tiempo comprendido entre el 1° de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2018, mes a mes, respecto de los salarios percibidos por la demandante como remuneración por trabajo suplementario, de horas extras o realizado en jornada nocturna, así como la remuneración por trabajo dominical o festivo. Para tal efecto, la demandante deberá cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le atañe como empleada, por los conceptos mencionados.

Así mismo, se ordenará al HOSPITAL MILITAR CENTRAL, realizar las cotizaciones al Sistema de Salud, según los porcentajes que le corresponda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, por el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2013 y

el 31 de marzo de 2018, respecto de los pagos realizados a la demandante por concepto de trabajo suplementario, en horas extras, en jornada nocturna, así como por trabajo dominical o festivo.

CUARTO.- 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.

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

SEXTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SÉPTIMO.- Sin condena en costas.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previa devolución a la parte actora de los valores consignados para gastos, excepto los ya causados. Déjense las constancias de las entregas que se realicen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

TANIA INES JAIMES MARTINEZ

Jueza

Firmado Por:

TANIA INES JAIMES MARTINEZ

JUEZ

**JUZGADO 054 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE
DE BOGOTA D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

e40982382b3e5709eb088eadf9f8bf53401b290d3d374355a253b3636207669

d

Documento generado en 09/09/2020 09:50:46 p.m.