

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., tres (3) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Expediente No. : 1100133 42 054 **2019 00156 00**
Demandante : LUZ DADNY DÍAZ RAMÍREZ
Demandado : HOSPITAL MILITAR CENTRAL
Asunto : Recargos nocturnos, horas extra y trabajo en días de descanso.

Se encuentra el expediente al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso iniciado por la señora LUZ DADNY DÍAZ RAMÍREZ, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 52.297.549 de Bogotá, por intermedio de apoderado 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.

“PARTE DECLARATIVA

Comendidamente solicito al Señor Juez de Conocimiento declarar:

3.1. La nulidad del oficio No. E-00022-2018004591 del 25 de mayo de 2018, notificado personalmente el 7 de junio del mismo año, suscrito por la doctora DENYS DANIELA ORTIZ ALVARADO, jefe de la oficina asesora jurídica, el coronel RAUL ARMANDO MEDINA VALENZUELA como subdirector administrativo y por la doctora MARIA ANDREA GRILLO, 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.

3.2. La nulidad del oficio No. E-00022-2018007402 del 21 de agosto de 2018, notificado personalmente el 7 de junio del mismo año, suscrito por la doctora DENYS DANIELA 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.

3.3. La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la totalidad de los recargos establecidos legalmente por realizar trabajos en forma permanente en jornada nocturna, es decir, después de las 6:00 PM, de acuerdo con la programación mensual que para el efecto realiza el HOSPITAL MILITAR CENTRAL

3.4. Que el tiempo extraordinario o suplementario que labora para el HOSPITAL MILITAR CENTRAL también deba pagarse con los recargos de ley.

3.5. Mi mandante labora permanentemente en días de descanso obligatorio (domingos y festivos), los cuales no han sido cancelados en su totalidad.

3.6. 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.

3.7. La demandada está en mora de reconocer y pagar los derechos que se reclaman.

3.8. Que se encuentra debidamente agotada la vía gubernativa de reclamo, en los términos del artículo 83 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

PARTE CONDENATORIA:

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

3.9. 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.

3.10. 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.

3.11. 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.

3.12. El pago del índice de precios al consumidor "IPC", o ajuste de valor certificado por el DANE, e intereses moratorios sobre las cifras que resulte adeudar la demanda, mes a mes, teniendo en cuenta lo ordenado por los artículos 177 y 178

del código contencioso administrativo, en armonía con lo dispuesto en el artículo 198 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, el artículo 111 de la ley 510 de 1999, las sentencias T-418 de 1996 y C-188 de 1990. Subsidiariamente, con fundamento en lo establecido en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

3.13. *La cancelación de costas procesales y agencias en derecho.*

1.2. Relación Fáctica

Como hechos relevantes, se resumen por el Despacho, los siguientes:

- 1.2.1. La actora labora al servicio del Hospital Militar Central, bajo su dependencia y subordinación.
- 1.2.2. La demandante se vinculó a la entidad demandada desde el 24 de noviembre de 1994.
- 1.2.3. En la actualidad, la actora desarrolla las funciones propias del cargo “AUXILIAR DE SERVICIOS” en el departamento de cuidados intensivos pediátricos-planta.
- 1.2.4. La demandante percibió como asignaciones básicas: en 2013= \$1.287.849; en 2014 = \$1.325.712; en 2015 = \$1.387.491; en 2016 = \$1.495.300; y en 2017 = \$1.596.233.
- 1.2.5. La actora labora en sistema de turnos que implican trabajo nocturno y en días de descanso (domingos y festivos) que son programados por la entidad demandada.
- 1.2.6. La entidad accionada no cancela la totalidad del trabajo nocturno y en días de descanso, excluyendo, además, esos pagos de la liquidación de prestaciones sociales y de seguridad social.
- 1.2.7. A partir de mayo de 2018, la demandada empezó a pagar el sistema general de seguridad social con algunos factores y salarios adicionales al sueldo básico.
- 1.2.8. Mediante escrito del 18 de abril de 2018, la actora solicitó a la entidad el reconocimiento y pago de los derechos que ahora reclama.

1.2.9. El Hospital Militar a través de la comunicación E-000-22-2018004591 del 25 de mayo de 2018, negó la solicitud.

1.2.10. La demandante interpuso recurso de reposición, el cual fue resultado mediante oficio R-00003-2018010906 del 22 de junio de 2018, negando la solicitud.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

En criterio de la parte actora, el acto administrativo acusado viola las siguientes normas: Los artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 113, 123, 189 y 336 de la Constitución Política; Leyes 4 de 1992, 344 de 1996, 244 de 1995 y 100 de 1993; Decretos 2400 de 1968, 3135 de 1968, 1042 de 1978, 1045 de 1978, 2701 de 1988 y 1158 de 1994.

Estructuró el concepto de violación en las causales de nulidad de “... desconocimiento de las normas en que debía fundarse y porque contiene una insuficiente motivación”.

Sostuvo que la remuneración de los empleados públicos estaba prevista en el Decreto 1042 de 1978, el cual contemplaba que todo trabajo suplementario debería remunerarse con los incrementos de ley. Dijo que la jornada diurna estaba comprendida entre las seis de la mañana y las seis de la tarde, la jornada nocturna debía remunerarse con un 35% de recargo y el trabajo en días de descanso con el doble, ingresos que, además, se debían tener en cuenta para liquidar las prestaciones sociales.

Señaló que el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, indicaba que hacía parte del salario: la asignación básica, el trabajo suplementario realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio y todas las sumas que habitual y periódicamente recibía el empleado como retribución por sus servicios. Pero la entidad demandada estaba vulnerando esta norma porque no estaba cancelando el trabajo realizado en horario nocturno y en días de descanso como lo ordenaba la ley, y además no estaba liquidando la seguridad social con todos los factores devengados, por lo que solicitaba se accediera a las pretensiones.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad demandada, a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Dijo que la demandante se desempeñaba como empleada pública del Hospital Militar Central, entidad regulada por el Decreto Ley 2701 de 1988, el cual establecía el régimen prestacional del personal al servicio de la entidad, el cual señalaba expresamente los factores de salario para liquidar las prestaciones sociales.

Indicó que no era posible tener en cuenta lo remunerado como trabajo suplementario, nocturno y en días de descanso para liquidar las prestaciones sociales porque esos emolumentos no se encontraban previstos en la norma especial (Decreto Ley 2701 de 1988), lo que impedía que se accediera a la solicitud elevada por la demandante.

Sostuvo que la entidad no le adeudaba ningún valor por concepto de horas extra, recargos nocturnos o trabajo en días de descanso, porque, tal como constaba en los desprendibles de nómina, se le había cancelado todo lo correspondiente a su prestación de servicio. Además, la actora disfrutó de permisos sindicales.

Propuso como excepciones de mérito:

1) Falta de causa, inexistencia de la obligación y pago. Sostuvo que el Hospital procedió conforme a las disposiciones legales, asimismo reconoció y pagó el tiempo suplementario, recargos nocturnos y trabajo en días de descanso que laboró la demandante.

2) Prescripción. Afirmó que en caso de que se reconociera alguna prestación, se debía aplicar la prescripción extintiva porque se reclamaba un derecho desde el año 2013.

3. Trámite de las excepciones y audiencia inicial.

De las excepciones se corrió traslado a través de la fijación en lista del 22 de octubre de 2019, término dentro del cual la parte actora se manifestó ratificado los argumentos de la demanda y desestimando las excepciones propuestas (folio 332).

El 7 de febrero de 2020, se realizó audiencia inicial en la que se fijó el litigio, se dio valor probatorio a las pruebas aportadas por las partes y se ordenó la práctica de las solicitadas. Una vez allegadas, mediante auto del 5 de marzo de 2020, se corrió traslado de estas.

Teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 806 de 2020, al procedimiento contencioso administrativo -mediante auto del 4 de septiembre de 2020- se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, de conformidad con el artículo 13 *ibídem*.

4. Alegatos de conclusión.

4.1. Hospital Militar Central.

Reiteró los argumentos de la contestación de la demanda y pidió no acceder a las pretensiones, toda vez que la entidad le había dado cumplimiento al régimen legal aplicable, puesto que la funcionaria se regida por el Decreto Ley 2701 de 1988, el cual no contemplaba para la liquidación de las prestaciones sociales los recargos por trabajo extra, nocturno y en días de descanso. Sostuvo que estaba demostrado que la entidad no adeudaba ningún valor por concepto de trabajo extra, nocturno y en días de descanso.

4.2. De la parte demandante.

El apoderado de la parte actora sostuvo que el Hospital pagaba de forma incompleta el trabajo en días de descanso obligatorio y en jornada nocturna, porque lo reconocía por horas y no por día laborado, en turnos de doce horas cancelando únicamente once, sin ninguna explicación. Señaló que lo anterior se podía verificar al confrontar las planillas de programación de turnos y las certificaciones de pagos.

Igualmente indicó que, estaba demostrado que la entidad demandada no cotizó ni pagó las prestaciones sociales teniendo en cuenta todo lo percibido por la empelada por el trabajo realizado.

Dijo que el Decreto 2701 de 1988, no contenía ningún régimen salarial que vinculara a la actora, pues la relación estaba determinada por el Decreto 1072 de 1978. Afirmó que desde 1994, con la expedición de la ley 100, se había establecido con claridad que los aportes al sistema de seguridad social se debían realizar con base en todos los factores salariales, tales como trabajo nocturno y en días de descanso, por ser irrenunciables e imprescriptibles.

Finalmente solicitó se accediera a las pretensiones con base en las pruebas obrantes en el proceso.

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 el Hospital Militar Central le ha cancelado o no todo lo correspondiente a salarios por trabajo en jornada nocturna, horas extra y en días de descanso obligatorio a la demandante, desde el 1 de enero de 2013, y si le asiste derecho a la reliquidación de vacaciones y las prestaciones sociales incluyendo todos los factores salariales.

2.1. Actos Administrativos Demandados.

En el presente caso se controvierte la legalidad del acto administrativo contenido en los oficios E-00022-2018004591 del 25 de mayo de 2018 y E-00022-2018007402 del 21 de agosto de 2018, suscritos por el Jefe de la Oficina Jurídica, el Subdirector Administrativo y la Jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa Unidad de Talento Humano del Hospital Militar, por medio de las cuales negaron el reconocimiento y pago de los salarios solicitados por trabajo nocturno, horas extra y en días de descanso obligatorio, la incidencia salarial para la reliquidación de vacaciones, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social, incluyendo todos los factores salariales.

3. Normatividad aplicable.

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 trabajo con recargo nocturno, horas extra y en días de descanso y la liquidación de las prestaciones sociales de la empleada pública vinculada al Hospital Militar.

En primer lugar, es menester establecer 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.

Asu vez, el Decreto Ley 2701 de 1988 determinó el régimen de prestaciones sociales y asistenciales, aplicable a los empleados públicos y trabajadores oficiales de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional. En consecuencia, el personal de que trata ese Decreto, en principio, no se rige por las normas generales establecidas para los empleados públicos y trabajadores oficiales.

Con el Decreto Ley 1301 de 1994 se 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 hicieran parte de dicha entidad, para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras y subsidios se regirían 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.

Asimismo, 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, 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).

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. Sin embargo, hasta la fecha no se ha expedido dicha reglamentación. Por lo que, en esas condiciones, deberá acudir 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 punto del régimen salarial del personal del Hospital Militar Central, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto de fecha 09 de marzo de 2000, con ponencia del consejero doctor 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 acudir 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 fuera del texto)

3.1. Jornada de trabajo, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y

festivos de los empleados públicos vinculados al Hospital Militar.

El artículo 6 del Decreto 2701 de 1988, estableció respecto de la jornada de trabajo que “[l]os empleados públicos y trabajadores oficiales deben prestar sus servicios dentro de la jornada reglamentaria de la respectiva entidad” - sin que se precisara más sobre los aspectos acá debatidos - por lo que de conformidad con lo anteriormente expuesto se hace necesario examinar lo correspondiente a la jornada de trabajo, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos de los empleados públicos previsto en el Decreto Ley 1042 de 1978.

En lo pertinente a la jornada de trabajo el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978 estipuló:

“Artículo 33. De la jornada de trabajo. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras.”

Correspondiendo de esta manera a la jornada ordinaria un máximo de cuarenta y cuatro (44) horas semanales y a los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce (12) horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de sesenta y seis (66) horas.

Asimismo, se estableció que la jornada nocturna es aquella que inicia a las seis de la tarde (6:00 pm) y termina a las seis de la mañana (6:00 a.m.) del día siguiente, y tiene un recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre el valor de la asignación mensual.

“Artículo 34. De la jornada ordinaria nocturna. Se entiende por jornada ordinaria nocturna la que de manera habitual empieza y termina entre las 6 p.m. y las 6 a.m., del día siguiente.

Sin perjuicio de los que dispongan normas especiales para quienes trabajan por el sistema de turnos, los empleados que ordinaria o permanentemente deban trabajar en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual.

No cumplen jornada nocturna los funcionarios que después de las 6 p.m., completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el recargo de que trata este artículo.”

Igualmente, la norma en estudio estipuló que 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 (35%), pero podrá compensarse con períodos de descanso:

“Artículo 35. De las jornadas mixtas. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turno, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con períodos de descanso.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el recargo de que trata este artículo.”

El trabajo extra diurno se deberá liquidar con un recargo del veinticinco por ciento (25%) sobre la remuneración básica.

“Artículo 36.

(...)

c) El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del veinticinco por ciento sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo.

(...)”

Respeto del trabajo ordinario en días dominicales y festivos y la forma en cómo se debe remunerar, el Decreto Ley 1042 de 1978 precisó:

“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...”

El Decreto Ley 1042 de 1978 contempla que el trabajo realizado en días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada y, además, debe distinguirse si se trata 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.

Ahora, el Decreto Ley 1042 de 1978 estableció que se debe tener como factores salariales: la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y en general todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, así:

“Artículo 42. De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a. Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.*
- b. Los gastos de representación.*
- c. La prima técnica.*
- d. El auxilio de transporte.*
- e. El auxilio de alimentación.*
- f. La prima de servicio.*
- g. La bonificación por servicios prestados.*
- h. Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.”*

De las normas anteriormente transcritas y lo establecido por la jurisprudencia se puede establecer que los funcionarios del Hospital Militar Central cuentan con un régimen especial establecido 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 lo que no se encuentre allí establecido se registrá por las garantías establecidas en Decreto Ley 1042 de 1978, “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”, esto, ante la falta de expedición de norma especial por parte del Gobierno Nacional.

Además, lo establecido en el Decreto Ley 1042 de 1978 resulta vinculante en virtud de la Ley 4ª de 1992 y luego de la expedición de la Ley 352 de 1997, en la cual se indicó que el único competente para expedir el régimen salarial y prestacional para las personas vinculadas al Hospital Militar Central era el Gobierno Nacional.

3.2. Liquidación de prestaciones sociales de los empleados públicos vinculados al Hospital Militar.

En lo pertinente a las vacaciones (art. 8 a 17 y 27), la prima de vacaciones (art. 18 a 21), la prima de navidad (art. 28 y 29), el auxilio por enfermedad (art. 31), cesantías (art. 38 y 53), la prima de servicios (art. 55 y 56), los auxilios, bonificaciones y el subsidio familiar (art. 66 a 70) de los empleados públicos vinculados al Hospital Militar se rigen por lo dispuesto en el Decreto Ley 2701 de 1988, pues regula de forma especial estos aspectos. Luego no es admisible la aplicación del Decreto Ley 1042 de 1978, pues como se dijo solo se emplea en los aspectos no regulados por la norma especial (Decreto Ley 2701 de 1988).

Ahora, para determinar los factores a tener en cuenta para la liquidación de los aportes a pensión y su Ingreso Básico de Cotización (IBC) es necesario, de manera previa, establecer el régimen aplicable al empleado público o trabajador oficial, esto teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que se hará en el caso concreto.

5. CASO CONCRETO.

En el asunto que nos ocupa, encuentra el Despacho que la señora Luz Dady Díaz Ramírez fue nombrada en el Hospital Militar mediante la Resolución 1248 de 1994, en el cargo de enfermera auxiliar 5345-11 (folios 32 y 33), posesionada el 24 de noviembre de 1994 (folio 34). Presta sus servicios en el sistema de turnos de conformidad con los formatos para reporte diario y programación (folios 156 a 231).

Igualmente, reposa petición radicada el 18 de abril de 2018, bajo el número R-00003-201809-40 43, en cual la parte actora solicitó al Hospital Militar el reconocimiento y pago de los salarios causados por el trabajo permanente en jornada nocturna, en tiempo extraordinario y días de descanso obligatorio y la incidencia salarial para la reliquidación de vacaciones, prestaciones sociales, aportes a la seguridad social y demás derechos percibidos por la demandante (folios 35 a 44).

El Hospital militar mediante comunicación E-00022-2018004591 del 25 de mayo de 2018, la Asesora Jurídica del Hospital Militar Central, negó lo solicitado (folios 46 y 47).

Por medio de escrito radicado el 22 de junio de 2018, la parte actora interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación contra la anterior decisión (folios 51 a 54); el cual fue resuelto a través del oficio E-00022-2018007402 del 21 de agosto de 2018, en el que la entidad demandada, confirmó en todas sus partes la decisión inicial y negó por improcedente el recurso de apelación (folios 55 a 57).

Ahora bien, la parte actora demanda la nulidad de los oficios No. E-00022-2018004591 del 25 de mayo de 2018 y No. E-00022-2018007402 del 21 de agosto de 2018, suscritos por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, el Subdirector de Defensa de la Subdirección Administrativa y la Jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa de la Unidad de Talento Humano, por medio de los cuales negó la solicitud de reconocimiento y pago de recargos nocturnos, trabajo suplementario, horas extra, en días de descanso y la inclusión de todos los factores devengados para la liquidación de la seguridad social y las prestaciones sociales.

La parte actora propuso como causales de nulidad de los actos demandados i) “el desconocimiento de las normas en que debía fundarse” y ii) “insuficiente motivación”. Realizó una argumentación -en suma- encaminada a explicar que los aspectos no regulados por el Decreto 2701 de 1988, se debían suplir con lo señalado en el Decreto 1042 de 1978 y que, por lo tanto, se le adeuda trabajo realizado con recargo nocturno, horas extra y en días de descanso.

Sin embargo, en la demanda no se indicó concretamente cuánto tiempo le adeudan por cada uno de los factores, pues se limitó, únicamente, a señalar que la entidad demandada no le ha cancelado la totalidad de los recargos nocturnos, horas extra y trabajo en días de descanso.

Respecto a los aportes a la seguridad social indicó que la entidad demandada estaba liquidando y pagando esta prestación social excluyendo varias partidas computables, pues no aplicaba lo dispuesto en el Decreto 691 de 1994, modificado por el Decreto 1158 del mismo año, en el cual se establecía que se debía tener en cuenta para la liquidación de los aportes pensionales los salarios percibidos por trabajo en jornada nocturna, en días de descanso obligatorio y trabajo extra, que por unificación de la planilla de liquidación aplica a los demás derechos cobijados por el sistema de seguridad social.

Así las cosas, se hace necesario estudiar por separado las dos solicitudes, en un primer grupo se estudiará lo correspondiente a recargos nocturnos, horas extra y trabajo en días de descanso y, en el segundo grupo, los aportes a la seguridad social y las prestaciones sociales.

Para resolver los cargos de “el desconocimiento de las normas en que debía fundarse” e “insuficiente motivación” del primer grupo, por falta de reconocimiento y pago de trabajo en horario nocturno, horas extra y en días de descanso, es claro que estos emolumentos, tal como se estableció al estudiar la normatividad, se deben liquidar y pagar aplicando lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978.

Ahora, en el oficio No. E-00022-2018004591 del 25 de mayo de 2018, por medio del cual la entidad demandada dio respuesta a la solicitud elevada por la actora, estableció lo siguiente:

- i) El horario diurno era el comprendido entre las 06:00 a.m. y las 06:00 p.m., y el nocturno de las 06:00 p.m. a las 06:00 a.m., del día siguiente (ver punto 3.2.);
- ii) La jornada nocturna ordinaria se remuneraba con un recargo del treinta y cinco por ciento (35%) (ver punto 3.1.);
- iii) El trabajo suplementario (horas extra) diurno se remuneraba con un recargo del veinticinco por ciento (25%) y el trabajo extra nocturno con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) (ver punto 3.2.);
- iv) El trabajo habitual y permanente en dominicales y/o festivos se remuneraba con el 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 (ver punto 3.3.).

En este aspecto no se encuentra que haya una falsa motivación o una violación a las normas en que debía fundarse, porque lo allí consignado corresponde con lo establecido en el Decreto Ley 1042 de 1978.

Asimismo, la demandante manifiesta que no le cancelaron la totalidad de recargos nocturnos, horas extra y trabajo en días de descanso. Sin embargo, no precisó cuáles fueron los días y horas que laboró y no le cancelaron, pues en los desprendibles de nómina, que obran a folios 65 a 69, se observa que la entidad demandada canceló recargos nocturnos (C008), dominicales y festivos (C009). Luego, no se demostró que existiera obligación alguna pendiente por estos conceptos y, por lo tanto, no es posible para esta sede judicial acceder a las pretensiones deprecadas.

De otro lado, respecto del segundo grupo, en lo pertinente a los aportes a la seguridad social y las prestaciones sociales, la demandante solicita se ordene la reliquidación de las vacaciones, cesantías, primas, bonificaciones, auxilios, de conformidad con el Decreto Ley 1042 de 1978; y los aportes al sistema de seguridad social incluyendo todos los factores salariales de acuerdo con el Decreto 691 de 1994, modificado por el Decreto 1158 de 1994.

Como se explicó al estudiar el marco normativo, las vacaciones, cesantías, primas, bonificaciones y auxilios se rigen por lo establecido en el Decreto 2701

de 1988 y no por el Decreto 1042 de 1978. Por lo tanto, no le asiste razón a la demandante en el sentido de aplicar la norma general de los empleados públicos, porque sobre estos aspectos existe norma especial y es la que se debe utilizar. Ahora, la actora no indicó que la entidad demandada no haya tenido en cuenta alguno de los factores enlistados por el Decreto 2701 de 1998, además no existe discusión al respecto y por lo tanto tampoco concurre obligación pendiente.

Así las cosas, no se evidencia la existencia de las causales de nulidad invocadas como es la violación a las normas en que debía fundarse y la de falsa motivación, pues los actos administrativos demandados se ajustan a los preceptos legales y constitucionales en estos aspectos.

Ahora bien, no ocurre lo mismo con los aportes para liquidar la seguridad social en pensiones, pues, de conformidad con la certificación que obra a folio 71 del expediente, la señora Luz Dadny Díaz Ramírez, se encuentra afiliada a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, desde el 4 de enero de 1995, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), hecho sobre el cual no hubo discusión.

Por ello, a la demandante le resulta aplicable lo consagrado en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, modificado por el Decreto 1158 de 1994, el cual estableció que el salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, 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.”*

Ahora, comparados los desprendibles de nómina, que obran a folios 65 a 69, con el reporte de semanas cotizadas en pensiones, visible a folios 72 a 77, emitido por Colpensiones, se observa que el Ingreso Base de Cotización (IBC) se ha realizado tomando únicamente el salario básico, sin incluir ningún otro factor salarial. Configurándose, de esta manera un desconocimiento de las normas en que debía fundarse y una falsa motivación, pues no es posible hacer los aportes teniendo en cuenta lo señalado en el Decreto 2701 de 1998, debido a que la demandante no es beneficiaria de la pensión que allí se regula, sino que hace parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, por lo tanto, se le debe incluir los factores señalados en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, modificado por el Decreto 1158 de 1994, antes transcrito. En este aspecto, es claro que le asiste razón a la demandante y la entidad empleadora deberá ajustar el ingreso base de liquidación y tener en cuenta los factores en listados en el Decreto 1158 de 1994.

Teniendo en cuenta la prosperidad de la pretensión enderezada a la reliquidación de los aportes de seguridad social en pensiones, incluyendo la asignación básica y la remuneración por trabajo dominical o festivo, por trabajo suplementario o de horas extras y la bonificación por servicios prestados, se analizarán las excepciones propuestas por la entidad demandada.

En lo referente a la excepción de *“Falta de causa, inexistencia de la obligación y pago”* no se demostró que la entidad empleadora hubiera liquidado y cancelado los aportes a pensión conforme a la Ley 4 de 1993, esto es, incluyendo los factores señalados en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, modificado por el Decreto 1158 de 1994, teniendo en cuenta que la empleada pública hace parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida; por el contrario, es claro para el Despacho que la entidad no está liquidando conforme a derecho esta prestación. Por lo tanto, esta excepción no está llamada a prosperar.

En lo atinente a la *“prescripción”*, resulta importante recordar que la pensión es imprescriptible, debido al carácter de irrenunciable del derecho a la seguridad social consignado en el artículo 48 de la Constitución y conforme al principio de solidaridad, a la especial protección que debe el Estado a las personas de tercera edad y al principio de vida digna; la Corte Constitucional ha construido una sólida línea jurisprudencial que sostiene que el derecho a la pensión no se extingue con el paso del tiempo.

Igual criterio ha fijado para reclamar el derecho a la reliquidación de la pensión, pues, el Alto Tribunal ha considerado que la petición de la reliquidación de la pensión está estrechamente vinculada con el derecho a la pensión en sí misma, por lo tanto, también es imprescriptible. Además, ha determinado que resulta desproporcionado que los afectados con una incorrecta liquidación no puedan reclamar su derecho en cualquier tiempo.¹

En todo caso, en el presente asunto, la actora únicamente probó que desde el año 2013 la entidad le está cotizando a pensión solamente teniendo en cuenta el salario básico², por lo que se ordenará desde ese año (2013) que la entidad demandada efectúe la reliquidación teniendo en cuenta los factores señalados en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, modificado por el Decreto 1158 de 1994.

6. DECISIÓN.

De conformidad con lo expuesto, la demandante demostró que existe un desconocimiento de las normas en que debía fundarse, al realizar la cotización en pensiones sin tener en cuenta lo señalado en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994 modificado por el Decreto 1158 de 1994, esto es, sin incluir todos los factores allí señalados, desde el año 2013. Sin embargo, no desvirtuó la presunción de legalidad de las demás decisiones adoptadas en los oficios demandados, por cuanto fueron expedidos con observancia de las normas del ordenamiento jurídico superior, razón por la cual, considera este Despacho que es procedente denegar las demás pretensiones de la demanda.

7. COSTAS.

Considerando que no se observó por parte de la entidad demandada una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida en este proceso y que los argumentos de defensa estuvieron racionalmente fundamentados en un estudio eminentemente jurídico, no procede la condena en costas.

¹ Corte Constitucional. Sentencia SU298 de 2015. MP Gloria Stella Ortiz Delgado. Expediente T-4.615.005

² Así se puede ver con los documentos obrante a folios 65 a 69 del expediente.

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,

R E S U E L V E:

PRIMERO. - DECLÁRASE la nulidad parcial de los oficios -00022-2018004591 del 25 de mayo de 2018 y E-00022-2018007402 del 21 de agosto de 2018, suscritos por el Jefe de la Oficina Jurídica, el Subdirector Administrativo y la Jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa Unidad de Talento Humano del Hospital Militar, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - Como consecuencia de lo anterior, **ORDÉNASE** al Hospital Militar Central, reliquidar el ingreso base de cotización en pensiones de la señora Luz Dady Díaz Ramírez, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 52.297.549 de Bogotá, conforme lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994 modificado por el Decreto 1158 de 1994, esto es, incluyendo los factores allí señalados, a partir del año 2013 en adelante, y hacer los aportes correspondientes a Colpensiones.

TERCERO. - El Hospital Militar Central deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

CUARTO. - Se niegan las demás pretensiones, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. - No condenar en costas.

SEXTO. - Expídanse copias de la presente providencia a las partes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 114 del Código General de del Proceso.

SÉPTIMO. - Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso descontado los causados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


TANIA INÉS JAIMES MARTÍNEZ
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: **12ce2b816561ae40bcd43c7c3f7e243e0089a7eeb7429bde81c4046c6f46910**
Documento generado en 03/02/2021 10:44:10 AM

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