

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Sentencia No. 115

Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2019-00068-00

Demandante: Jorge Enrique Latorre Troncoso.

Demandado: Hospital Militar Central.

Tema: Horas extra, recargo nocturno, recargo por trabajo dominical y festivo.

Agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación procede el despacho a dictar **sentencia de primera instancia** dentro del medio de control de la referencia, teniendo en cuenta las siguientes:

ANTECEDENTES

Pretensiones de la demanda:

.- Declarar la nulidad del oficio No. E-00022-2018004533 del 24 de mayo de 2018 (Fl.47-48) notificado el 07 de junio de 2018 (Fl.49), mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de recargos nocturnos, horas extra, trabajo dominical y festivo.

.- Declarar la nulidad del oficio No. E-00022-2018007326 de 17 de agosto de 2018 (Fl.56-58) notificado el 27 de agosto de 2018 (Fl.59), mediante el cual se resolvió en forma negativa el recurso de reposición y se rechazó el de apelación.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho ordenar:

El reconocimiento y pago de los salarios por los recargos causados por *“trabajar en forma permanente jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días domingos y festivos”*, desde el 01 de enero de 2013, y la reliquidación de las prestaciones sociales, incluidos los aportes al Sistema de Seguridad Social y Parafiscales.

Que las sumas adeudadas sean ajustadas en su valor conforme al IPC, de acuerdo con las previsiones del artículo 198 de la Ley 1437 de 2011, y, el pago de intereses moratorios.

Que se condene en costas a la entidad demandada.

Hechos:

El demandante labora en el Hospital Militar Central, desde el 01 de abril de 1983 (Fl. 64). Presta sus servicios 12 horas diarias (Fl. 187-256). El día 18 de abril de 2018, el demandante, solicitó al Hospital Militar Central *“el reconocimiento y pago 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”*, así como el tiempo extraordinario y los días dominicales y festivos laborados. (Fl. 36-45). Con Oficio E-00022-2018004533-HMC de 24 de mayo de 2018, la Jefe de la oficina Asesora Jurídica del Hospital Militar Central, negó el pedimento de la parte demandante (Fl. 47-48) Contra la anterior decisión el apoderado judicial interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación (Fl. 52-55), los cuales fueron despachados desfavorablemente por la entidad mediante oficio E-00022-2018007326 de 17 de agosto de 2018. (Fl.56-58).

Tesis del demandante (Fl.11-19):. Afirma que el demandante labora en jornadas nocturnas y en días de

descanso obligatorio sin recibir remuneración adicional por estos servicios prestados y, los valores que se devenguen por esos conceptos conforme el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, constituyen factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, sin embargo, la demandada aplica equivocadamente el régimen "especial" establecido en el Decreto 2701 de 1988 para excluir estos valores de forma discriminada y violatoria al principio de progresividad que rige el derecho laboral.

Tesis de la demandada (Fl. 155-161): el régimen salarial y prestacional de los empleados que se desempeñen en el Hospital Militar Central se encuentra regulado en el Decreto Ley 2701 de 1988 razón por la cual lo pretendido por el demandante no es procedente.

Indica que al demandante se le ha efectuado el pago de los recargos nocturnos, horas extra, dominicales y festivos de conformidad con lo establecido en los artículos 34 y 39 del Decreto 1042 de 1978 en las oportunidades en las cuales prestó efectivamente el servicio y sobre ese salario pagó los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social; los comprobantes de nómina que se adjuntaron con la demanda dan cuenta que su representada no adeuda suma alguna por los conceptos ahora reclamados y critica a la accionante por no determinar con precisión lo que supuestamente se ha dejado de pagar.

Recalca que la jornada por regla general que deben cumplir los servidores en el sector público es de 44 horas semanales, distribuidas en secciones diarias de 8 horas de lunes a viernes y 4 horas el día sábado, y por ende la asignación mensual corresponde a ese periodo tal como lo preceptuó el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978.

Propuso como excepciones las siguientes:

- **Falta de causa, inexistencia de la obligación y pago:** Adujo que el Hospital Militar Central, actuó conforme a las previsiones legales, esto es, verificó la efectiva prestación del servicio y de acuerdo con las nóminas de la demandante, se estableció que el Hospital reconoció y pagó los dominicales y festivos que laboró, señalando, además, la ocurrencia de la prescripción trienal sobre las pretensiones incorporadas en la demanda.

- **Prescripción:** Señaló que se debe tener en cuenta que la demandante deprecia el reconocimiento de prestaciones a partir del año 2013, lo que evidencia que a la fecha, ha operado el fenómeno invocado de la prescripción.

- **Compensación:** Que en el evento en que se llegase a considerar que su representada debe realizar las cotizaciones a pensiones teniendo en cuenta el valor de los dominicales, festivos y recargos nocturnos laborados por el actor, se debe ordenar dicho pago en proporción a lo que establece la ley, de modo que el demandante compense esa obligación legal por haber recibido los pagos.

Identificación de los actos enjuiciados: Se demanda la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Oficio No. E-00022-2018004533 del 24 de mayo de 2018 (Fl.47-48).
- Oficio No. E-00022-2018007326 de 17 de agosto de 2018 (Fl.56-58).

CONSIDERACIONES

Problema jurídico: Consiste en establecer si el demandante, como Auxiliar para Apoyo de Seguridad y Defensa 6-1-25 del Hospital Militar Central, tiene derecho al reconocimiento y pago de los recargos causados por trabajar en forma permanente jornada nocturna, tiempo extraordinario (horas extra) y días domingos y festivos desde el 01 de enero de 2013, la reliquidación de las prestaciones sociales y su inclusión a los aportes al Sistema de Seguridad Social .

Solución al problema jurídico: Se negarán las pretensiones de la demanda en atención a que no hay lugar al reconocimiento de horas extras puesto que los valores reclamados, fueron reconocidos y pagados por la entidad demandada conforme lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978, de otra parte, considerando que se le reconoce los beneficios prestacionales conforme a lo previsto en el Decreto Ley 2701 de 1988, el demandante no tiene derecho a que se liquiden sus prestaciones con los recargos por trabajo dominical, festivo y jornada nocturna que viene devengando, toda vez que dicho estatuto no concede el carácter

salarial al trabajo suplementario, por esa misma razón tampoco tiene derecho a que la remuneración que percibe por el trabajo ejecutado en jornada nocturna y días dominicales y festivos sea tomada en cuenta para la liquidación de los aportes al sistema general de pensiones.

Régimen salarial y prestacional aplicable a los empleados del Hospital Militar Central:

Según lo establece el artículo 40 de la Ley 352 de 1997, el Hospital Militar Central, está organizado como establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

En cuanto al régimen pensional, el artículo 46 de esa ley señaló que las personas vinculadas al Hospital Militar Central, tendrán el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales conforme a las normas vigentes, aunque en materia salarial y prestacional deberán regirse por el régimen especial establecido por el Gobierno Nacional.

Con base en la disposición anterior, se profirió el Decreto No. 02 de 1998 que aprobó el Acuerdo No. 06 de la Junta Directiva del Hospital Militar Central y respecto del régimen salarial y prestacional, precisó:

“Artículo 23. Régimen salarial : Los empleados públicos 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 regirán por las disposiciones legales que para esta clase de servidores haya establecido el Gobierno Nacional.

Artículo 24. Régimen prestacional. Los empleados públicos y trabajadores del Hospital Militar Central quedarán sometidos al régimen de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias. En lo relativo a las demás prestaciones sociales se les aplicará el Decreto-ley 2701 de 1988 y normas que lo modifiquen o adicionen.”

El Decreto No. 1795 de 2000 por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, señala que el Hospital Militar Central es “un Establecimiento Público del orden Nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y financiera, con domicilio en Bogotá, D.C”. Este Decreto no modificó el régimen de personal del Hospital Militar Central, lo cual quiere decir que sigue vigente lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 352 de 1997 y el Decreto 02 de 1998, esto es, que sus empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentran cobijados en materia salarial por el régimen especial establecido por el Gobierno Nacional y en materia prestacional por lo señalado en el Decreto No. 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.”

Pese a que el legislador facultó al Gobierno Nacional, para dictar disposiciones especiales relativas al régimen salarial de los servidores del Hospital Militar Central, hasta el momento no se ha desarrollado o proferido reglamentación alguna en torno al reconocimiento y pago de las horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos y demás retribuciones de orden salarial a favor de esta clase de personas servidoras del Estado, por lo que resulta imperioso acudir a lo normado en el estatuto general aplicable al sector central y descentralizado del orden nacional, contenido en el Decreto 1042 de 1978¹

Así lo ha señalado el Consejo de Estado:

“El Hospital Militar Central ha tenido la naturaleza de establecimiento público del orden nacional y el Gobierno no ha expedido régimen especial en materia salarial para los empleados públicos a él vinculados, conforme al mandato del artículo 46 de la Ley 352 de 1997. En consecuencia, debe acudirse a la aplicación de las normas generales que regulan el asunto, 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. 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

¹ Concepto 1254 de 2000, Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejo de Sala de Consulta C.E.

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”²

En relación con la jornada de trabajo, el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 estableció:

“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”.

Respecto de la jornada ordinaria, nocturna y la mixta:

La jornada ordinaria nocturna se encuentra consagrada en el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978, que establece:

“ARTÍCULO 34º.- 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 lo 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 (35%) 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.” (Negritas fuera de texto)

Sobre este aspecto, el H. Consejo de Estado¹⁸ ha puntualizado:

“Trabajo ordinario en días dominicales y festivos.- Por su parte, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, regula el trabajo ordinario en días dominicales y festivos, y la forma en que se debe remunerar, de la siguiente manera: “(...) Conforme a la disposición trascrita, el trabajo realizado en días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria y recibe una remuneración diferente a la señalada para el trabajo realizado como suplementario en días hábiles, que corresponde al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100%, sin perjuicio de la remuneración habitual. Contempla igualmente la norma el derecho a disfrutar de un día de descanso compensatorio, cuya remuneración se entiende incluida en el valor del salario mensual y cuando dicho compensatorio no se concede o el funcionario opta porque se retribuya o compense en dinero (si el trabajo en dominical es ocasional), la retribución debe incluir el valor de un día ordinario adicional”. (negrilla de la Sala).

Así las cosas, conforme a la anterior normativa, cuando se labora de forma habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, como retribución el empleado tiene derecho a recibir: i) La remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada día dominical o festivo laborado, es decir un recargo del 100% aparte de la remuneración habitual; y ii) el disfrute de un día de descanso compensatorio.

² Consejo de Estado –Sección Segunda. Subsección “B” CP, José María Lemos Bustamante Rad 25000-23-25-000-1998-05343-01 de febrero de 2005

El pago de la jornada nocturna sólo requiere que el servicio se preste de manera “ordinaria o permanente” en el horario nocturno, independientemente de la clasificación o nivel jerárquico del empleo. Se resalta que esta modalidad de jornada no es dable compensarla en tiempo de descanso si el servicio se presta de manera permanente, por el contrario, si es de manera excepcional su pago se hace de conformidad con el régimen de las horas extras³

Por su parte la jornada de trabajo mixta se encuentra regulado por el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, que señala:

“Artículo 35.- De las jornadas mixtas. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyas horas diurnas y 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.” (Resaltado del Despacho).

Sobre este concepto ha precisado la jurisprudencia administrativa que su pago debe hacerse previa deducción de los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas que se le hayan presentado al trabajador⁴.

Respecto de los recargos dominicales y festivos y los compensatorios:

Como se ya se anotó, según lo dispuesto en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, es claro que la jornada laboral máxima fijada para los empleados públicos es de 44 horas semanales, que equivalen en el mes a 190 horas, cantidad que se obtiene al multiplicar en número de horas semanales (44) por el factor 4,33 que es el número de semanas en el mes. Sin embargo no debe perderse de vista que el ya citado artículo contempla una salvedad para los empleos cuyas atribuciones conllevan el ejercicio de actividades discontinuas, intermitentes o de vigilancia, pues a estos se le pueden señalar jornadas de trabajo de 12 horas, sin que excedan en la semana de 66 horas.

Sin embargo, resulta necesario puntualizar que según lo consignado en el artículo 12 del Decreto 660 de 2002, para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, el empleado deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19.

El artículo 39 del citado Decreto 1042 de 1978, señala:

“ARTÍCULO 39. DEL TRABAJO ORDINARIO EN DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrado en la asignación mensual.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el trabajo ordinario en días dominicales y festivos.” (Negritas del Juzgado)

³ Así lo ha precisado el Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 16 de septiembre de 2010, radicado número: 25000-23-25-000-2005-03657-01(1456-07)

⁴ Consejo de Estado: Sentencia del 17 de abril de 2008. Expediente 66001-23-31-000-2003-00041-01(1022-06), del 2 de abril de 2009 - Expediente 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05), y del 28 de enero de 2010 - Expediente 66001-23-31-000-2003-00042-01 (1018-06).

Así las cosas, resulta evidente que el trabajo que se realiza en días previstos por la ley como de descanso obligatorio (dominicales y festivos), debe ser recompensado con una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, un recargo del 100% más la remuneración habitual más el disfrute de un día de descanso compensatorio cuya remuneración se encuentra incluida. Cuando dicho compensatorio no se concede o el funcionario opta porque se retribuya en dinero, la retribución será igual al doble de la remuneración correspondiente a un día ordinario de trabajo.

Sobre la materia, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 2 de abril de 2009, expediente 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05), especificó:

“El artículo 39 del Decreto No. 1042 de 1978 señala que el trabajo ordinario en días dominicales y festivos corresponde a los empleados públicos que en razón de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los dominicales o festivos. De manera que considera la Sala necesario precisar los conceptos relativos a “ordinario o habitual”: En el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española “habitual” significa lo que “(...) se hace, padece o posee con continuidad o por hábito”. Para que se diga que existe una “habitualidad” en la prestación del servicio en días domingos y festivos, no necesariamente debe comprobarse que la labor fuera ejercida durante estos días del mes, basta que quien presta el servicio bajo la modalidad de “turnos” tenga la certeza de cuales domingos y festivos del mes debe trabajar. En efecto, la jornada laboral de los actores se desarrollaba bajo el sistema de turnos, lo que de suyo implica una previa programación de su jornada laboral mensual. Siendo ello así, como irrefutablemente lo es, los actores conocían de antemano qué domingos del mes les tocaba prestar sus servicios, convirtiéndose en un hábito laborar uno, dos o más domingos de determinado mes, según la rotación de turnos prevista, lo que hace que su labor en días de descanso se convirtiera en algo habitual.

Entonces, al estar demostrado el trabajo ordinario en días dominicales y festivos de manera habitual por parte de los actores al servicio del Cuerpo de Bomberos de Pereira, la Sala procederá a reconocer una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por dominical o festivo laborado, más el disfrute del descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo”. (Negrillas del Despacho)

Régimen prestacional aplicable al personal del Hospital Militar Central:

El Decreto No. 1795 de 2000 por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, no modificó el régimen de personal del Hospital Militar Central, y en consecuencia, sus empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentran cobijados en materia salarial por el régimen especial establecido por el Gobierno Nacional y en materia prestacional por lo señalado en el Decreto No. 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", en su Capítulo II estableció el régimen de asignaciones, primas y prestaciones sociales, dispuso prestaciones como las vacaciones, primas de vacaciones, prima de navidad, auxilios por enfermedad, licencia por maternidad, licencia por aborto, cesantías, pensiones por invalidez y vejez, no obstante, para la liquidación de las mismas, no previó la inclusión del trabajo suplementario como factor salarial.

En ese sentido el Consejo de Estado, al resolver sobre la inclusión para la liquidación de la pensión, de factores salariales que no se encontraban enlistados en el **artículo 53** del Decreto 2701 de 1988 señaló⁵:

“conforme con las anteriores precisiones, se concluye que a los servidores públicos del Hospital Militar Central se les debe incluir como factores para la pensión de jubilación únicamente los enlistados en el artículo 53 del Decreto 2701 de 1988 pues, además, así lo indica expresamente el artículo 44 ibídem y, por tanto no hay lugar a considerar conceptos salariales adicionales como las horas extras, dominicales y festivos ni recargos nocturnos, como pretende la actora, quien sea de paso decir no devengó horas extras, tal y como consta en la copia de los comprobantes de pago que reposan en los folios 9 a 14 del plenario y en la certificación expedida por el Director General del establecimiento demandado”.

⁵ H. Consejo de Estado. CP. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Rad No. 1122-2009 del 23 de septiembre de 2010

Conclusión, no resulta procedente ordenar por la vía judicial la reliquidación de las prestaciones sociales de los empleados del Hospital Militar Central, con la inclusión de factores adicionales a los expresamente enlistados en las normas que regulan ese régimen especial, razón por la cual no es viable ordenar la reliquidación de las prestaciones ordinarias y las cesantías con la inclusión de los recargos por trabajo en jornada nocturna y días de descanso obligatorio (dominical y festivo), toda vez que las disposiciones del Decreto ley 2701 de 1988 que señalan la base de liquidación de las prestaciones sociales de los empleados públicos del Hospital Militar Central, se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico y son de obligatorio cumplimiento, además de que dicho régimen especial contempla previsiones más favorables que las establecidas en el régimen común D. 1045 de 1978.

Liquidación de los aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones con la inclusión del valor percibido por concepto de los recargos por trabajo en jornada nocturna, dominical y festivo

En cuanto al pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social incluyendo en el IBC lo pagado a la servidora por concepto de recargos por trabajo ejecutado en jornada nocturna y en días de descanso obligatorio (domingos y festivos), resulta necesario referir que, el Decreto No. 2701 de 1988, régimen especial que se aplica a los servidores del Hospital Militar en materia pensional previó lo siguiente:

“ARTÍCULO 44. PENSION DE JUBILACION. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es varón, o cincuenta (50), Si es mujer, tiene derecho a que por la respectiva entidad se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de las asignaciones devengadas durante el último año de servicio, tomando como base los factores salariales señalados en el artículo 53 de este Decreto. No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen excepción y que la ley determine expresamente”.

“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”.

Como se observa de la lectura del artículo 53 ibídem, la retribución por el servicio prestado en jornada nocturna y en días de descanso no fue contemplada como factor salarial base de liquidación de la pensión de jubilación. Respecto a la inclusión de los factores taxativamente enlistados en el régimen especial que regula a los empleados públicos del Hospital Militar Central, el H. Consejo de Estado⁶ al dirimir una controversia sobre liquidación pensional y que esta Sala por analogía ha venido extendiendo en casos como el presente²², señaló: “En consecuencia, se deduce claramente que la demandante es beneficiaria del régimen de transición a que hace mención la Ley 100 de 1993 en su artículo 36, dado que al 1º de abril de 1994 tenía más de 15 años de servicios, razón por la cual, la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión son los expresamente señalados en el Decreto 2701 de 1988. (...)” Por lo anterior, en los regímenes pensionales especiales que contemplen expresamente los factores sobre los cuales se debe constituir el ingreso base para liquidar la pensión no resulta admisible la inclusión de otras sumas que hayan sido devengadas por el trabajador, porque la norma que relaciona los conceptos laborales que se tendrán en cuenta para conformar la mesada pensional tiene el carácter de taxativa, salvo que la misma haya dispuesto que es meramente enunciativa y, por tanto, admita la inclusión de todas las demás sumas que hayan sido devengadas en el último año de servicios o en el tiempo que la norma haya dispuesto.(..)”

Precisado lo anterior, procede el Despacho a analizar el caso concreto.

Caso Concreto:

⁶ Consejo de Estado. C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Rad No. 1122-2009 del 23 de septiembre de 2010.

En primer lugar, conviene precisar que al actor le es aplicable el régimen salarial previsto en el Decreto 1042 de 1978, en la medida en que la Ley 352 de 1997, señaló que el régimen salarial de los empleados públicos del Hospital Militar Central, sería el expedido por el Gobierno Nacional y éste aún no ha emitido dicha regulación, de manera que por tratarse de empleados públicos del orden nacional se rigen bajo la normatividad del referido Decreto.

Ahora bien, de las pruebas documentales obrantes en el proceso se establece que el señor Jorge Enrique Latorre Troncoso, labora en el Hospital Militar Central, desde el 01 de abril de 1983⁷ y actualmente desempeña el cargo de Auxiliar para Apoyo de Seguridad y Defensa 6-1-25, en calidad de empleado público⁸.

Según el certificado expedido por la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central, entre enero de 2017 y junio de 2019, el actor laboró en turnos de doce (12) horas entre las 7:00 am a las 19:00 pm o de 19:00pm a las 7:00 am, en sesiones previamente programadas por la entidad⁹. Adicionalmente, prestó sus servicios en días dominicales y festivos, sin exceder 190 horas de trabajo mensuales¹⁰, hasta el año 2019, cuando empezó a devengar horas extras¹¹.

En el *sub examine* se acreditó que el demandante cumplía turnos conforme se extrae de los formatos mensuales de personal del grupo de mantenimiento, area calderas, grupo mecánica y equipo industrial que se encuentran de folios 186 al 256 del expediente.

Del recargo por trabajo nocturno y en días dominicales y festivos:

De acuerdo con la programación de turnos en los que el actor prestó sus servicios al Hospital Militar Central, es claro que tiene derecho al reconocimiento del recargo del 35% de la asignación básica mensual, por laborar ordinariamente en jornada nocturna, por lo cual es procedente verificar si la entidad pagó el mismo. Al revisar los certificados de valores devengados por el señor Jorge Enrique Latorre Troncoso, desde el 30 de enero de 2013 hasta 30 de junio de 2019 (FI. 226-235) se establece que la entidad cumplió con la obligación de pagar el recargo del 35% sobre la totalidad del salario mensual teniendo en cuenta las horas efectivamente laboradas en la jornada nocturna.

Revisada la jurisprudencia al respecto, se tiene que la Sección Segunda del Consejo de Estado¹² ha indicado que el recargo nocturno del 35% se debe aplicar exclusivamente sobre las horas nocturnas laboradas por el trabajador y no por la totalidad de la asignación básica mensual. Textualmente, la providencia en cita indicó:

“En ese orden, hay lugar a ordenar el reajuste de los recargos nocturnos laborados por el actor, teniendo en cuenta que se debe emplear para el cálculo de los mismos, el número de horas mensuales de la jornada ordinaria laboral en el sector público (190) y no la constante de 240, por lo tanto, la fórmula correcta que deberá emplear la administración para la liquidación de los recargos nocturnos es la siguiente:

$$\frac{\text{Asignación Básica Mensual}}{190} * 35\% * \text{Número horas laboradas con recargo}$$

*De donde el primer paso es calcular el valor de la hora ordinaria que resulta de dividir la asignación básica mensual (la asignada para la categoría del empleo) en el número de horas establecidas en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 para el sector oficial (44 horas semanales) que ascienden a 190 horas mensuales. Establecido el factor hora, **el segundo paso es liquidar las horas laboradas con recargo**, para lo cual se multiplica el factor hora por el porcentaje del recargo nocturno establecido en el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978 en 35%, por el número de horas laboradas entre las 6:00 p.m y las 6:00 am., es decir, el*

⁷ Folio 33-36 del expediente digital.

⁸ Folio 226 del expediente digital.

⁹ Folio 306 -307 del expediente digital

¹⁰ Jornada máxima legal establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.

¹¹ Folio 232 del expediente digital.

¹² Sentencia de 19 de febrero de 2015, exp. 250002325000201000780 01, Núm. Int. 3594-13, CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez

tiempo en jornada ordinaria nocturna sujeta al recargo que se hubieren trabajado al mes.(...)" (Negrillas del Despacho).

Por lo anterior, se establece que no le asiste derecho al accionante a solicitar reliquidación de lo pagado por este concepto, aunado a que el mismo por cada turno de trabajo que realizaba en horario nocturno recibía un descanso remunerado de 24 horas, tal como se establece en los cuadros de turnos referenciados en párrafos anteriores.

Del mismo modo se desprende que el Hospital Militar Central, le pagó los recargos por trabajo habitual en dominicales y festivos, en los porcentajes indicados en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, sobre la asignación básica mensual y teniendo en cuenta efectivamente los días y horas laboradas, esto es así conforme la información que reposa en los desprendibles de nómina y de la certificación de valores devengados expedida por la Jefe de Unidad de Seguridad y Defensa - Unidad de Talento Humano del Ministerio de Defensa, por lo que esta petición será negada, pues se demostró que la demandada no adeuda valor alguno por dicho concepto al actor (Fl. 82-97 y 226-235 del Exp. digital).

De las horas extra:

De las planillas de trabajo vistas a folios 236 al 305 del expediente digital, se advirtió que el demandante desde enero de 2013 hasta febrero de 2017, laboró en sistema de turnos mensuales de 24 horas de labor por 24 horas de descanso sin exceder de 190 horas de trabajo mensuales¹³, es decir, sin causar el pago de horas extra por parte de la administración a su favor.

A partir del año de 2017, laboró en turnos de doce (12) horas entre las 7:00 am a las 19:00 pm o de 19:00pm a las 7:00 am, en sesiones previamente programadas por la entidad¹⁴, hasta el año 2019, cuando empezó a devengar horas extra¹⁵.

En efecto, quedó probado que el actor percibió el pago de dichas horas extra desde marzo de 2019, nómina en la que se canceló retroactivamente las horas extra laboradas por el demandante en el mes de febrero del mismo año y hasta el mes de junio de 2019, fecha donde culmina el periodo certificado¹⁶.

Del material probatorio allegado, se puede advertir que el actor causó únicamente el reconocimiento de horas extra, por los servicios prestados al Hospital Militar Central, en el periodo certificado al cual se hizo referencia previamente y del cual se demostró el pago efectivo a favor del accionante.

Ahora, teniendo en cuenta que el actor no precisó el número de horas extra diurnas o nocturnas ni tampoco el periodo de causación que pretende obtener ante la administración, ante este Despacho a fin de confrontar dichos lapsos con las nóminas allegadas, y que tampoco acreditó la autorización del respectivo jefe en la forma en que lo ordena la ley, la pretensión deberá ser despachada desfavorablemente, pues contrario a ello se probó que las horas extra laboradas por el señor Latorre Troncoso, fueron pagadas en la forma y términos de los artículos 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978.

De la reliquidación de prestaciones sociales:

Finalmente, en cuanto a la pretensión de reliquidación de los demás factores y prestaciones sociales, con motivo del incremento que en su base liquidatoria con fundamento en la reliquidación del recargo nocturno, el trabajo en días dominicales y festivos y las horas extra, se debe indicar que ni el Decreto No. 2701 de 1988 aplicable a los servidores del Hospital Militar, ni el régimen general contenido en el decreto 1045 de 1978 aplicable a los empleados públicos del sector nacional, contemplan la posibilidad de que las prestaciones sociales ordinarias a saber: vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicio, sean liquidadas con la inclusión de la remuneración por trabajo habitual en la jornada nocturna, dominicales y festivos que reciba el empleado como retribución de su trabajo, por tal razón no le asiste al actor el derecho reclamado en este sentido,

En el caso de las cesantías habría lugar a acceder a dicha pretensión, puesto que, según el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978, su base de liquidación está integrada por el trabajo suplementario, entre otros factores, no obstante, no puede perderse de vista que el decreto 1045 de 1978 es el régimen general

¹³ Jornada máxima legal establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.

¹⁴ Folio 306 del expediente digital.

¹⁵ Folio 232 del expediente digital.

¹⁶ Folio 232 a 233 del expediente digital.

aplicable a los empleados públicos del orden nacional, y que el personal que presta sus servicios al Hospital Militar, en materia prestacional se encuentra amparado por el régimen especial consagrado en el Decreto 2701 de 1988, norma que no contempla dichos recargos como factor computable para liquidar las cesantías, aunado que el régimen es mas favorable que el de los empleados publico del orden nacional en razón a que a que contempla el régimen retroactivo para su liquidación.

Incidencia de la remuneración percibida por la servidora como retribución por el trabajo ejecutado en jornada nocturna y días dominicales y festivo para la liquidación de los aportes como destino al sistema general de pensiones

A los empleados beneficiados con el régimen especial del Hospital Militar Central, contemplado en el Decreto ley 2701 de 1988, se les debe reconocer su pensión, con los factores taxativamente enunciados en el artículo 53 ibídem, puesto que los regimenes especiales contemplan unas condiciones o requisitos más favorables que los establecidos en el régimen común para acceder a esa prestación. En este orden, no resulta procedente ordenar por la vía judicial el pago de aportes para seguridad social en pensión sobre factores de salario distintos a los referidos en el artículo 53 del Decreto ley 2701 de 1988, dado que ello equivaldría a modificar dicho estatuto sin tener competencia además de que ese régimen prestacional responde a las especiales funciones que desempeñan.

Por lo expuesto, lo procedente es denegar las pretensiones de la demanda, puesto que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos demandados, toda vez que la entidad aplicó correctamente la jurisprudencia del Consejo de Estado, al caso del demandante.

COSTAS: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos 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”*.

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....”*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los proceso de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso¹⁷, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”* (Subrayas propias)

Ahora bien, el Consejo de Estado¹⁸ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación: *“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es*

¹⁷ Cfr. La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

¹⁸ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), Sección Cuarta con ponencia del Consejero OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, Radicación No. (20486) Actor Diego Javier Jiménez Giraldo Demandado: Dirección De Impuestos Y Aduanas Nacionales DIAN.

apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley” Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>¹⁹”

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado las mismas en esta instancia procesal.

III. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO.- NO CONDENAR EN COSTAS, por no aparecer probadas, conforme a lo expuesto en precedencia.

TERCERO.- En firme esta sentencia, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las correspondientes anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JARA

Firmado Por:

Luz Matilde Adaime Cabrera
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 017 Contencioso Admsección 2
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

¹⁹ Cfr. las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA y otros.

Código de verificación: **c263678bc6d72e6458fef08b9ba38b08f270e7859ce94677bf7315a95192bdf7**

Documento generado en 29/11/2021 09:12:44 AM

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