



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL**  
**JUZGADO VEINTITRÉS (23) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO**  
**SECCIÓN SEGUNDA**

**SENTENCIA No. 099**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil veinte (2020).

**Referencia** : **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**Radicación** : **2019 – 00069**  
**Demandante** : **JOSÉ DAVID GUZMÁN**  
**Demandado** : **HOSPITAL MILITAR CENTRAL**  
**Asunto** : **SENTENCIA DE 1ª. INSTANCIA**

Procede el Despacho a decidir, en primera instancia, el proceso presentado por el señor **JOSÉ DAVID GUZMÁN**, quien actuando mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó se declaren las siguientes:

**1. PRETENSIONES**

El accionante solicita a esta Jurisdicción que declare la nulidad de los **Oficios No. E-00022-2018004322-HMC Id: 64810 del 22 de mayo de 2018** y **E-00022-2018007400-HMC Id: 90848 del 21 de agosto de 2018**, proferidos por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Sector Defensa del Hospital Militar Central, por medio de los cuales se negó el reconocimiento y pago de salarios relacionados con el trabajo desempeñado por el actor en jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días de descanso obligatorio, así como la incidencia que estos valores podían tener en las prestaciones sociales y aportes a Seguridad Social percibidos por el accionante.

Como consecuencia de la declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene al **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** a que le reconozca y pague la totalidad de los salarios que corresponden a los recargos causados por el demandante como contraprestación por su trabajo permanente en jornada nocturna, tiempo extraordinario y en días domingos y festivos, desde el 01 de agosto de 2013, así como la reliquidación de las prestaciones sociales, incluidos los aportes al Sistema de Seguridad Social y Parafiscales, teniendo en cuenta para el efecto el salario que debe percibir por los turnos en los que desarrolla sus labores. También solicita 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; que se reconozca el pago de intereses moratorios y; que se cancelen las costas procesales y agencias en derecho.

**2. HECHOS DE LA DEMANDA**

- 1.** El señor **JOSÉ DAVID GUZMÁN** presta sus servicios al Hospital Militar Central desde el 01 de octubre de 1980, desempeñando en la actualidad el cargo de Auxiliar de Servicios 6-1, 29.
- 2.** El 18 de abril de 2018, el demandante, a través de apoderado, solicitó al Hospital Militar Central el reconocimiento y pago de los salarios que le corresponden por trabajar en forma permanente en jornada nocturna, así como en tiempo suplementario, en días dominicales y festivos, según la programación mensual que

realiza la entidad, aunado a la reliquidación de las prestaciones y aportes al Sistema de Seguridad Social y Parafiscales, aplicando para el efecto la incidencia que los recargos salariales por trabajo nocturno, extraordinario o en días de descanso obligatorio le corresponden.

3. La anterior petición fue resuelta en forma negativa por parte de la entidad accionada, mediante el **Oficio No. E-00022-2018004322-HMC Id: 64810 del 22 de mayo de 2018 -acto acusado-**.
4. En contra de la anterior decisión fue interpuesto, por parte del accionante, recurso de reposición y en subsidio apelación, mediante el radicado No. R-00003-2018011085 del 22 de junio de 2018.
5. Ante lo anterior, el Hospital Militar Central profirió el **Oficio No. E-00022-2018007400-HMC Id: 90848 del 21 de agosto de 2018 -acto acusado-**, mediante el cual desató el recurso de reposición, confirmando la decisión recurrida y negando la concesión del recurso de apelación por improcedente.

### 3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

**Violación constitucional:** Artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 113, 123, 189 y 336.

#### **Violación de normas legales:**

*Ley 4ª de 1992.*

*Leyes 344 de 1992, 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.*

Argumenta la parte demandante que los actos administrativos demandados vulneran las normas relacionadas, ya que la entidad demandada los expidió con desconocimiento de las normas en que debía fundarse y con una insuficiente motivación.

Al efecto, la parte actora aclara que de acuerdo a la forma en la que se desarrollan las funciones al interior del Hospital, a los empleados se les asignan turnos que se cumplen en jornada nocturna y durante todos los días de la semana; no obstante, alega que la entidad demandada no paga la totalidad de los recargos que por este efecto legal le corresponden al trabajador, desconociendo de esta manera normas que regulan el salario y los descansos obligatorios en el contexto laboral.

Adicionalmente, arguye que en forma equivocada la accionada, bajo el argumento que el Decreto 2701 de 1988 constituye régimen salarial y prestacional especial para sus empleados, se abstiene de aplicar el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, que determina que lo percibido como retribución de trabajo nocturno, extraordinario o en dominical y festivo, constituye salario, generando de esta manera un indebido y discriminatorio trato con otros servidores estatales.

Por lo que afirma que el contenido del Decreto 1042 de 1978, debe ser aplicado al caso del actor y, por lo tanto, las sumas causadas a favor del demandante por concepto de recargos nocturnos y dominicales deben formar parte del salario que sirve de base para liquidar las prestaciones sociales y en especial los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social.

#### **4. Oposición a la demanda por el HOSPITAL MILITAR CENTRAL**

La entidad contestó de forma oportuna la demanda mediante memorial visible a folios 148 a 154 del expediente; en este, el apoderado se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que el Hospital Militar Central está regulado por el Decreto Ley 2701 de 1988, que establece el régimen prestacional y los factores de salario para liquidar prestaciones sociales de sus empleados. En esta medida, asegura que, al ser lo pretendido por el demandante que se reconozcan y paguen los salarios causados por trabajo en jornada nocturna y en día de descanso obligatorio, como factor salarial, no le asiste derecho según lo contemplado en el mencionado Decreto, puesto que estos son emolumentos que el legislador no tuvo en cuenta por la misma especialidad de la prestación, concluyendo entonces que el Hospital no adeuda suma alguna por aquellos conceptos al actor.

Adicionalmente, en la contestación indica que al demandante se le ha efectuado el pago de los recargos nocturnos, 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 la entidad pagó los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, de manera que, asegura que el Hospital ha reconocido y pagado las cotizaciones del actor, según lo establecido en las normas aplicables.

Asimismo, reconoce que al demandante se le aplican los acuerdos colectivos contenidos en los Decretos 160 de 2014 dado el carácter legal y reglamentario de la relación de trabajo que sostiene con el Hospital.

Finalmente destaca que, la jornada laboral que por regla general 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.

#### **5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN POR ESCRITO**

**5.1 Alegatos de la parte demandante.** Mediante memorial de fecha 04 de febrero de 2020, la apoderada del accionante presentó sus consideraciones respecto a las alegaciones finales de este proceso, solicitando se emita sentencia favorable, en la que se ordene reconocer y pagar al actor (i) la totalidad de los salarios a que tiene derecho por el trabajo que ha realizado en días domingos y festivos; (ii) la incidencia prestacional de los valores que percibe por el trabajo que realiza en días domingos y festivos, en jornada nocturna o en tiempo extraordinario, para la liquidación de primas, cesantías, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social y demás derechos que se afecten positivamente por el aumento de la base salarial, con inclusión de estas cifras y el pago de todas las diferencias que resulten por estos conceptos, con el respectivo ajuste de valor e intereses moratorios.

Como sustento de su solicitud, la parte actora indica que la demandada en su actividad, como prestadora de servicios de salud, requiere que su personal, incluyendo al accionante, desarrolle sus actividades de manera permanente, de acuerdo a la programación de actividades establecidas por el Hospital. Al respecto, en el caso del actor, se informa que estas jornadas imponen labores permanentes en días dominicales, festivos, jornada nocturna y extraordinaria, como consta en las certificaciones que reposan en el plenario.

Además se alega que, si bien el actor percibe en forma continua y permanente, salarios por trabajo en días de descanso obligatorio y en jornada nocturna, este reconocimiento es efectuado por la demandada de forma incompleta, porque el Hospital paga estos derechos por hora y no por día laborado como lo ordenan las normas aplicables, explicando que, aun cuando los turnos son de doce horas, solamente cancela once.

Ante este planteamiento, la apoderada refiere que por este concepto la demandada adeuda lo requerido en las pretensiones de este medio de control, advirtiendo además que, los salarios que percibe el accionante por concepto de trabajo en jornada nocturna, en tiempo extraordinario o en días de descanso obligatorio (domingos y festivos) no es tenido en cuenta para la liquidación y pago de las prestaciones que percibe (primas, cesantías, vacaciones) y de los aportes al Sistema Integral de Seguridad, haciendo precedente se reajuste el salario y prestaciones que le vienen reconocidas al actor, conforme fue requerido en la demanda.

Finalmente, la togada presenta un recorrido normativo y aporta sentencias relacionadas con el asunto objeto de estudio, requiriendo se acepten las súplicas del señor JOSÉ DAVID GUZMÁN.

**5.2 Alegatos de la entidad accionada.** Mediante memorial de fecha 13 de julio de 2020, el apoderado de la entidad accionada presentó sus alegatos de conclusión para el presente caso, requiriendo nuevamente se denieguen las pretensiones de la demanda, bajo la consideración que lo requerido por la parte actora, en lo relativo a los emolumentos por trabajo nocturno y dominical no está previsto en el Decreto Ley 2701 de 1.988 y, por lo tanto, no es viable que se utilice para liquidar prestaciones sociales.

En consonancia con lo anterior, el apoderado de la accionada arguye que el Hospital no adeuda suma alguna por los conceptos deprecados por el accionante, tal como consta en los comprobantes de nómina que se adjuntaron con la demanda, en donde se verifica que el Hospital ha cancelado en debida forma esos conceptos, con apego a las normas que regulan la liquidación salarial y prestacional del personal del Hospital, es decir, de conformidad con lo establecido en el artículo 34 y 39 del Decreto 1042 de 1978, en las oportunidades en las cuales se prestó efectivamente el servicio.

De otro lado, señala que la parte actora no determina con precisión que se le ha dejado de cancelar y por ende, a su juicio, no es viable admitir lo pretendido, en tanto el demandante solicita una reliquidación sin precisar qué concepto y qué valor se le ha dejado de cancelar.

## **6. PROBLEMA JURÍDICO**

Los problemas jurídicos que debe resolver el Despacho consisten en establecer si:

**6.1.** *¿El demandante tiene derecho a que la entidad accionada le reconozca y pague los salarios respectivos por trabajar en forma permanente en jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días de descanso obligatorio (domingos y festivos)?*

**6.2.** *¿El accionante tiene derecho a que se reliquiden, con efectos futuros, sus prestaciones sociales y cotizaciones al Sistema de Seguridad Social, teniendo en cuenta para el efecto la incidencia que los valores correspondientes al trabajo en horario nocturno o en días de descanso obligatorio, pueden tener si se les considera como factor salarial?*

Para resolverlos tendremos en cuenta las premisas fácticas, las premisas normativas, las alegaciones finales y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial, previas las siguientes,

## **7. CONSIDERACIONES**

### **7.1 De la naturaleza jurídica del Hospital Militar Central y su régimen salarial y prestacional**

La Ley 352 de 1997, “Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía

Nacional”, en su artículo 40 estableció la naturaleza jurídica del actual Hospital Militar Central, en los siguientes términos:

**“ARTÍCULO 40. NATURALEZA JURÍDICA.** A partir de la presente Ley, la Unidad Prestadora de Servicios Hospital Militar Central se organizará como un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, que se denominará Hospital Militar Central, con domicilio en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C.”.

En cuanto al régimen de personal, esta ley estableció:

**“ARTÍCULO 46. RÉGIMEN DE PERSONAL.** 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.” (Negrilla y subrayas del Juzgado).

En cumplimiento a lo ordenado en la citada ley, se profirió el Decreto No. 02 de 1998, por medio del cual se aprueba el Acuerdo número 006 de la Junta Directiva del Hospital Militar Central. El mentado acuerdo, respecto al régimen salarial y prestacional al cual se sometería la entidad, señala:

**“ARTICULO 23. REGIMEN 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.

**ARTICULO 24. REGIMEN 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.” (Negrillas y subrayas del Juzgado).

Posteriormente, 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 prestacional por el régimen especial establecido por el Gobierno Nacional.

En este punto, debe señalarse que el Gobierno Nacional, frente al **régimen salarial**, no ha expedido ninguna disposición legal para los servidores del Hospital Militar Central, por lo que se debe dar aplicación a lo preceptuado en el Decreto 1042 de 1978, como lo ha señalado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

*“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 acudir 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*<sup>1</sup>.

Ahora bien, se precisa entonces que, según el artículo 24 del Acuerdo 006 de la Junta Directiva del Hospital Militar Central, aprobado mediante el Decreto 02 de 1998, respecto al **régimen de prestaciones sociales** aplicable al personal del Hospital Militar Central, se determina que este es el contenido 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*".

## **7.2 De la jornada laboral ordinaria, nocturna y la mixta**

La jornada ordinaria se encuentra regulada en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, indicando que la jornada ordinaria de trabajo de un empleado público corresponde a 44 horas semanales; sin embargo, a los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, se señala que podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

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

*"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". (Subraya del Despacho)*

No obstante, a partir de la expedición de Ley 1846 de 2017, para efectos laborales, la noche inicia a las 9:00 p.m., lo que quiere decir que en una noche se puede trabajar con recargo nocturno un máximo de 9 horas, es decir entre las 9:00 p.m. y las 6:00 a.m. del día siguiente. Así las cosas, los empleados que ordinaria o permanentemente trabajan en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual.

El pago de la jornada nocturna solo 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 extras.

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "B". Consejero Ponente: Doctor Jesús María Lemos Bustamante. Bogotá, D.C., dos (2) de febrero de dos mil seis (2006). Ref.: Expediente No. 25000 23 25 000 1998 05343 01.

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

**“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”.*

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 trabajador.

### **7.3 De los recargos dominicales, festivos y los compensatorios**

Como se ya se anotó, según lo dispuesto en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, está 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, pudiendo de esta manera ocupar días de descanso obligatorio.

Al respecto, 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.*

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 200%, más el disfrute de un día de descanso compensatorio.

Sobre la materia, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 02 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).*

Atendiendo lo expuesto, el reconocimiento del trabajo que se cumpla de manera ordinaria, en dominicales y festivos, comprende el doble del valor de un día de trabajo por cada domingo o festivo laborado y, adicionalmente, 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.

Adicionalmente, cabe señalar que, en sentencia unificatoria de 12 de febrero de 2015<sup>2</sup> la aludida corporación judicial estudió la procedencia del reconocimiento del trabajo suplementario y compensatorio a favor de empleados públicos, aun en el evento que la entidad que deba reconocerlos cuente con normas especiales que regulen las actividades de esos servidores públicos y que estas no contemplaran el reconocimiento de tales emolumentos.

En este sentido expresó que, ante la falta de regulación especial debe aplicarse lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978, en cuanto a la jornada laboral y la liquidación del tiempo trabajado en jornada ordinaria y extraordinaria de trabajo, según la naturaleza de las funciones desempeñadas, dado que *"la jornada laboral en el sector oficial es de origen legal y como tal tiene un límite inquebrantable del cual no puede apartarse el Jefe del respectivo organismo al momento de establecer el horario de trabajo al tenor de la referida disposición", por tanto "el establecimiento de una jornada especial de trabajo por el jefe del respectivo organismo implica la expedición del respectivo acto administrativo que determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción dada la naturaleza y características en que debe desarrollarse determinada labor, con la consecuente remuneración salarial para los empleos que se ven sometidos a una jornada máxima legal excepcional, la cual, en todo caso, debe atender los parámetros de remuneración establecidos por el Decreto 1042 de 1978 (...) y teniendo en cuenta la forma de remunerar el trabajo desarrollado en jornadas mixtas, el trabajo habitual en dominicales y festivos cuando la misma implique tiempo de trabajo nocturno en días de descanso"*.

En ese orden de ideas, también se puede asegurar que, a falta de regulación especial sobre la jornada de trabajo, preciso es aplicar las reglas dispuestas en el Decreto 1042 de 1978, pues nada obsta para que no sea así, máxime cuando aquel acto administrativo tiene como ámbito de aplicación los empleados públicos del orden nacional, como inicialmente se indicó.

#### **7.4. Del régimen prestacional aplicable al personal del Hospital Militar Central – Decreto 2701 de 1988**

<sup>2</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Radicado No. 25000 23 25 000 2010 00725 01.

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.

Así por ejemplo se establecieron prestaciones, como las vacaciones (art. 8), prima de vacaciones (art. 18), prima de navidad (art. 28), auxilios por enfermedad (art. 31), licencia por maternidad (art. 32), licencia por aborto (art. 33), cesantías (art. 38), pensiones por invalidez y vejez (arts. 41 y 46), sin embargo, para la liquidación de las mismas, no se previó la inclusión del trabajo suplementario.

En ese orden de ideas, para citar un ejemplo, se advierte que para liquidar la prima de navidad los factores de salario a tener en cuenta son los siguientes (art. 29):

- 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 le 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.

En igual sentido el Decreto 2701 de 1988, en su artículo 38, referente a la cesantía, dispone:

**“ARTÍCULO 38. CESANTIA.** El empleado público o trabajador oficial tiene derecho al reconocimiento y pago del auxilio de cesantía por el tiempo servido a la entidad, equivalente a un (1) mes de la última asignación devengada por cada año de servicio y proporcionalmente por las fracciones de año, **tomando como base los factores señalados en el artículo 53 de este Decreto.** Cuando el trabajo sea a destajo, se tomará como base para la liquidación de la cesantía el promedio de los salarios devengados en los últimos doce (12) meses, o de todo el tiempo si éste fuere inferior a un (1) año.” (Negrilla y subrayas fuera del texto original).

Por su parte el artículo 53 ibidem, dice:

**“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.” (Resaltado de la Sala).

Con lo dicho se advierte que la norma especial que establece el régimen prestacional aplicable a los empleados públicos del Hospital Militar Central dispone en forma clara y taxativa los factores que se debe incluir en la liquidación de las cesantías, así como en las demás prestaciones sociales.

Ahora bien, sobre la forma como se debe liquidar la pensión de los empleados públicos del Hospital Militar Central, y por analogía, las cesantías, el H. Consejo de Estado<sup>3</sup>, 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.***

*Si bien la Sala<sup>4</sup> ha admitido que la Ley 33 de 1985, por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, no indica en forma taxativa los factores que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados lo que no impide la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, **no puede decirse lo mismo respecto de las normas expedidas a favor de algunos trabajadores o entidades estatales, pues éstos tienen unas condiciones y requisitos más favorables dispuestos por el legislador ordinario o extraordinario.***

*Dentro de tales regímenes especiales se encuentra el del Hospital Militar Central que reconoce la pensión bajo condiciones de edad más favorables que el régimen general e incorpora un mayor número de conceptos dentro del I.B.L. tales como los viáticos, los cuales fueron expresamente excluidos como factor para el cómputo de la pensión de jubilación de la Ley 33/85 en sentencia del 14 de agosto de 2003<sup>5</sup> y que unificó la jurisprudencia en este sentido.*

*La Sala advierte que lo anteriormente expuesto no va en contravía con el principio de igualdad (art. 13 C.N.) teniendo en cuenta que conforme lo dispuesto por la doctrina constitucional, la igualdad consiste en brindar el mismo trato a quienes se encuentran en idéntica situación y en establecer adecuadas y razonables distinciones entre aquéllos que, por cualquier motivo, se hallan en circunstancias diversas, por lo cual no se rompe ese postulado ni se vulnera derecho alguno cuando se determinan situaciones diversas para grupos de personas a quienes se les aplica diferentes disposiciones, incluso más favorables, que las consagradas para la mayoría de los servidores públicos.*

*Conforme con las anteriores precisiones, se concluye que **a los servidores públicos del Hospital Militar Central se les debe incluir como factores***

<sup>3</sup> H. Consejo de Estado. C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Rad No. 1122-2009 del 23 de septiembre de 2010.

<sup>4</sup> Sent. del 3 de diciembre de 2009. Rad No. 250002325000200608447 01 (2303-2008). Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

<sup>5</sup> Radicación número: 25000-23-25-000-1998-48231-01(1782-00). C.P. Tarcisio Cáceres Toro.

**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 ídem 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 (fls. 52-54).**

*De esta manera, la Sala reitera lo expuesto en sentencia del 2 de febrero de 2006 Radicación número: 25000-23-25-000-1998-05343-01(1151-05) C.P.: Jesús María Lemos Bustamante. Actor: Néstor Moreno Sánchez. Demandado: Hospital Militar Central, en la que se concluye “(...) que el decreto 2701 de 29 de diciembre 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, adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional, determina con claridad los factores que se han de tener en cuenta para liquidar dichas prestaciones, sin que dentro de ellos la Ley consagre por ejemplo, los recargos por trabajo extra diurno o nocturno, dominicales y festivos” (subraya y negrilla fuera de texto).*

Como lo establece la anterior jurisprudencia, emanada del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y máxima autoridad dentro de esta jurisdicción, a los empleados beneficiados con el régimen especial del Hospital Militar Central, contemplado en el decreto ley 2701 de 1988, se les debe reconocer sus cesantías, con los factores taxativamente enunciados en el artículo 53 *ibidem*, puesto que los regímenes especiales contemplan unas condiciones o requisitos más favorables que los establecidos en el régimen común para acceder a las prestaciones. En efecto, el régimen especial del Hospital Militar Central contempla como factores de salario para liquidar las cesantías un mayor número de conceptos, que son excluidos de otros regímenes.

A voces del H. Consejo de Estado, y contrario a lo afirmado por el demandante, el anterior tratamiento no vulnera el principio de igualdad, puesto que, en el presente caso, estamos ante situaciones diversas para grupos de personas a quienes se les aplican diferentes disposiciones.

Es de resaltar que este criterio no es nuevo en esa Alta Corporación, sino que es un tema que ha sido pacífico incluso desde el año 2006, y esta es la razón por la que este Juzgado aplica la posición que se ha expuesto, respecto a la que debe señalarse existe una decisión emitida por el H. Consejo de Estado, en el marco de una acción de tutela<sup>6</sup> promovida respecto a la decisión de fondo que este Despacho asumió dentro del expediente 2012 – 00227, con similitud petitoria y fáctica a la que se analiza en este asunto, en la que se avaló la postura señalada en esta parte de la motivación, misma que en lo resolutivo fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 22 de julio de 2016. En el aludido fallo de tutela se negó el amparo solicitado, al concluir que:

*“En efecto, la Sala precisa que el Tribunal demandado sostuvo que se acogía al criterio jurisprudencial trazado por el Consejo de Estado, que en un pronunciamiento similar se le dio prevalencia a la aplicación del régimen especial al general para efectos de liquidar prestaciones sociales y en el que se indicó que no se afectaba el principio de igualdad ... cuando se determinan situaciones diversas para grupos de personas a quienes se les aplica diferentes disposiciones, incluso más favorables, que las consagradas para la mayoría de los servidores públicos .*

*Por lo que, se encuentra que dicha autoridad judicial demandada señaló que a los empleados beneficiados con el régimen especial del Hospital Militar Central, contemplado en el Decreto 2701 de 1988, se les debe reconocer, tanto su pensión como sus cesantías, con los factores taxativamente enunciados en el artículo 53*

<sup>6</sup> Radicación número: 11001-03-15-000-2016-02933-00 (AC).

*ibidem*, el cual consideró más favorable que los establecidos en el régimen común, a pesar de que en dicha preceptiva no se encontraran enlistados los recargos nocturnos, dominicales y festivos.

*Asimismo, se observa que el Tribunal demandado resaltó que esa postura ha sido pacífica incluso desde el 2006, por lo que sostuvo que ... esta es la razón por la cual esta Sala asume la posición que ha expuesto, misma que al parecer no comparten las otras subsecciones, según dice el demandante, y que se apartan de las orientaciones del Consejo de Estado sin justificación alguna ... .*

*Por tanto, la Sala encuentra que en la sentencia cuestionada de segunda instancia se indicó que el artículo 53 del Decreto 2701 de 1988 no consagra excepciones a su aplicación, y tampoco establece un mandato abierto que permita considerar emolumentos adicionales a los enlistados, así tengan el carácter de salario, toda vez que dicha norma señala con claridad ... en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, y NO, todos los factores de salario .*

(...)

*Por lo expuesto, la Sala considera acertadas las decisiones judiciales cuestionadas, pues es claro que la situación particular y concreta de la actora, se regula bajo el régimen especial que establece los factores salariales que se deberán tener en cuenta para la liquidación de su cesantía, dentro de los cuales no se incluyen las horas extras, dominicales, recargos nocturnos y festivos .*

*Por lo que desconocer lo anterior, conllevaría la intromisión del juez de tutela en un asunto para el cual no se tiene competencia y devendría en reabrir un debate de instancia decidido por el juez natural de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.*

*La Sala advierte que lo que se persigue es controvertir el alcance de la interpretación impartida por las autoridades judiciales demandadas, para que a través de este mecanismo de amparo se acepte la exégesis que hace la parte actora respecto de la aplicación de un régimen que no le corresponde, bajo la justificación de garantizar el principio de favorabilidad laboral y prestacional, sin embargo no logró demostrar que sus argumentos fueran arbitrarios, caprichosos o se aparten del ordenamiento jurídico”.*

## 8. CASO CONCRETO

En primer lugar, conviene precisar que al actor le es aplicable el régimen salarial previsto en el Decreto 1042 de 1978 en la medida que, pese a 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, este aún no ha expedido dicha regulación, de manera que por tratarse de los empleados públicos del orden nacional, estos se rigen bajo la normatividad del referido Decreto.

Ahora bien, de las pruebas documentales obrantes en el proceso se establece que el señor **JOSÉ DAVID GUZMÁN** labora en el Hospital Militar Central desde el 01 de octubre de 1980 y actualmente desempeña el empleo de Auxiliar de Servicios 6-1-29, en el turno de la noche, que va desde las 19:00 horas a las 07:30 del día siguiente, según certificado que obra a folio 274 del plenario. Adicionalmente, se observa que el actor prestó sus servicios en días dominicales y festivos, sin exceder 190 horas de trabajo mensuales<sup>7</sup>, pues en el sub examine se acreditó que el demandante cumplía turnos de 12 horas de labor por 24 horas de descanso, conforme se extrae del formato único mensual para reporte diario de recargos nocturnos, dominicales, festivos y horas extra del grupo de enfermería del Hospital, que se encuentra a folios 168 a 238 del expediente.

<sup>7</sup> Jornada máxima legal establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.

De manera que el demandante tiene derecho al reconocimiento del recargo del 35% de la asignación básica mensual por laborar ordinariamente en jornada nocturna, por lo que según lo pretendido en la demanda se debe verificar si en efecto la entidad reconoció y pagó en debida forma el mismo.

En este sentido, al revisar los certificados de sueldo y factores salariales devengados por el señor **JOSÉ DAVID GUZMÁN** desde junio de 2013 hasta diciembre de 2017 (fols. 63 a 69), 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, que se encuentran consignadas en la asignación mensual de turnos.

Así entonces, revisada la jurisprudencia al respecto, se tiene que la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>8</sup> 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, bajo la consideración que:

*“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:*

*Asignación Básica Mensual \* 35% \* Número horas laboradas con recargo  
190*

*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 tiempo en jornada ordinaria nocturna sujeta al recargo que se hubieren trabajado al mes”.*

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 accionante 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 este modo, respondiendo en forma desfavorable el primer problema jurídico planteado, se concluye que el Hospital Militar Central le pagó al demandante los recargos nocturnos y el trabajo habitual en dominicales y festivos, en los porcentajes indicados en los artículos 34 y 39 del Decreto 1042 de 1978, sobre la asignación básica mensual y teniendo en cuenta efectivamente los días y horas laboradas, tal como se consigna en la documental que aportó la parte actora relacionada con los desprendibles de nómina, visibles a folios 63 a 69 del expediente.

Esto, por cuanto en el plenario se advierte que el demandante laboró en turnos que permanentemente se surten en jornada nocturna, dominicales y festivos y también se observa que por cada jornada laboral asignada al demandante, que realizaba en el horario comprendido entre las 19:00 horas y las 07:30 del día siguiente, gozaba de un día de descanso, situación que satisface el contenido del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, el cual dispone que de laborarse de forma habitual domingos y festivos, se tiene derecho además de una "remuneración equivalente doble del valor de un día de trabajo" al "disfrute de un día de descanso compensatorio".

<sup>8</sup> Sentencia del 19 febrero de 2015, Exp. 25000232500020100078001. C.P.: Sandra Lisset Ibarra.

Esto en armonía con las contemplaciones que para la materia ha expuesto el Consejo de Estado en varios pronunciamientos, específicamente en la sentencia de 10 de mayo de 2018<sup>9</sup>, donde en relación con un bombero que pretendió el pago de compensatorios por haber laborado de forma habitual los domingos y festivos, señaló:

*“Al tenor del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 los empleados públicos que en razón a la naturaleza de su trabajo deben laborar habitual o permanentemente los domingos y festivos tienen derecho, además de la remuneración allí prevista, al disfrute de un día compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria por haber laborado el mes completo.*

*En el presente caso quedó demostrado que el demandante laboró de manera habitual y permanente los días domingos y festivos, en razón a la jornada que había sido establecida en el Decreto Distrital 388 de 1951, correspondiente a 24 horas de labor por 24 de descanso de lunes a domingo.*

(...)

*La Sala confirmará la decisión de no reconocer el compensatorio por las 120 horas restantes, en consideración a la jornada desarrollada por el demandante, teniendo en cuenta que por cada turno de 24 horas laboradas gozaba de un descanso de 24 horas, **lo cual equivale a un día de descanso compensatorio, con lo que se satisface el contenido del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, que consagra el derecho a disfrutar un día de descanso compensatorio (cuya duración mínima debe ser de 24 horas) por trabajo habitual en domingos y festivos; en otras palabras, en cuanto al descanso compensatorio, concluye la Sala que este sí fue consagrado en el sistema de turnos y disfrutado por el demandante.***

*En este sentido, en sentencia de 2 de abril de 2009<sup>10</sup>, esta Corporación expresó lo siguiente:*

*“Advierte la Sala que el descanso compensatorio surge del trabajo realizado en días que no son hábiles y como quedó demostrado en el plenario que los actores laboraban 24 horas, pero descansaban otras 24, no hay lugar a reconocimiento del descanso remuneratorio. (Subraya la Sala).*

*Así pues, en criterio de la Sala, las 24 horas de descanso por cada turno de 24 horas laboradas, otorgadas por la administración al demandante, garantizaban plenamente el derecho fundamental al descanso, que sin lugar a dudas, resultaba necesario para permitirle al demandante recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña, proteger su salud física y mental, el desarrollo de la labor con mayor eficiencia, y la posibilidad de atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona<sup>11</sup>, conforme así lo estableció el juez de primera instancia” (Negrillas del Despacho).*

De manera que, tampoco se advierte que hubiese lugar a reconocer los compensatorios en virtud del trabajo habitual realizado por el demandante, en días domingos y festivos, pues en razón a la jornada especial que desempeñó al laborar 12 horas nocturnas y descansar 24, se encuentra acreditado su disfrute.

Ahora bien, sobre la reliquidación prestacional y de cotizaciones para seguridad social por parte de la accionada, a favor del señor **JOSÉ DAVID GUZMÁN**, incluyendo las sumas correspondientes a los recargos salariales derivados de la labor desempeñada en jornada nocturna, dominicales y festivos, se observa que en certificación de fecha 04 de octubre de

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección B, Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Radicación número: 25000-23-25-000-2012-00422-01(2929-15).

<sup>10</sup> Sentencia de 2 de abril de 2009. Sección Segunda. Subsección “B”. C.P: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05). Actor: JOSE DADNER RANGEL HOYOS Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA.

<sup>11</sup> Sentencia C-710 de 1996. Corte Constitucional.

2019, visible a folios 274 a 275, se especifican los factores que son tenidos en cuenta para liquidar las diferentes prestaciones del actor, precisando que estos corresponden a los que expresamente están consignados en el Decreto 2701 de 1988, excluyendo por lo tanto la remuneración que corresponde a la jornada nocturna y de días de descanso obligatorio, al no estar enlistados dichos recargos en las normas que regulan cada prestación específicamente.

Así las cosas, según la consideración que sobre las prestaciones sociales fue vertida en precedencia, en respuesta al segundo problema jurídico planteado, se concluye que no hay lugar a reliquidar con efectos futuros las prestaciones del accionante, con inclusión de factores adicionales a los que en la actualidad son tenidos en cuenta para el efecto por la demandada, en tanto se advierte que el Hospital Militar Central obró conforme a la ley al no tener en cuenta los recargos nocturnos, dominicales y festivos en la liquidación de las cesantías y demás prestaciones del actor, puesto que tales emolumentos no se encuentran dentro de los listados consagrados en los artículos 27, 29, 53 y 56 del Decreto 2701 de 1988.

Debe destacarse que las referidas disposiciones del Decreto 2701 de 1988, no consagran excepciones a su aplicación y tampoco establecen un mandato abierto que permita considerar emolumentos adicionales a los enlistados, así tengan el carácter de salario, toda vez que en estas se señala con claridad que su reconocimiento y liquidación “se tendrán en cuenta *“los siguientes factores de salario”*, y NO, *todos los factores de salario*.”

De modo que, a juicio de este Despacho, si la ley establece taxativamente los factores de salario a incluir en la liquidación, de ningún modo puede la Administración o el Juez, incluir emolumentos diferentes, puesto que ello equivaldría a adicionar, complementar o modificar la norma, en otras palabras, se invadiría las competencias determinadas en la Constitución Política, para el legislador.

Ahora bien, sobre las cotizaciones a Seguridad Social, conforme fue certificado por la entidad accionada el día 04 de octubre de 2019, en la actualidad y desde abril de 2018, las cotizaciones realizadas a favor del actor como aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensión y Riesgos Laborales atienden a los rubros contemplados en el Decreto 1158 de 1994, de modo que, al momento en que se elevó la petición inicial, que desde sede administrativa convocó la pretensión de incluir entre los factores salariales a tener en cuenta, la remuneración por trabajo nocturno, dominical, festivo o suplementario, este requerimiento ya había sido superado mediante actuación de la propia administración, haciendo infructuosa una orden adicional en este sentido por parte de este Despacho judicial. Así las cosas, la pretensión relativa a los aportes de seguridad social también será negada.

En consecuencia, considera el Despacho que los **Oficios No. E-00022-2018004322-HMC Id: 64810 del 22 de mayo de 2018** y **E-00022-2018007400-HMC Id: 90848 del 21 de agosto de 2018**, se encuentran plenamente ajustados a derecho, pues como quedó demostrado no procede la solicitud de reajuste de los recargos nocturnos y de trabajo en días dominicales y festivos, pues estos han sido debidamente reconocidos y cancelados al actor; así como tampoco es viable la reliquidación de las prestaciones sociales y los aportes al sistema general de seguridad social, en tanto estos están siendo reconocidos conforme a las normas que regulan la materia para los empleados del Hospital Militar Central, implementando incluso el principio de favorabilidad, para lo atinente a las cotizaciones en Seguridad Social.

En ese sentido, realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda no deben prosperar, pues el demandante a través de las pruebas no logró demostrar el cargo formulado de violación de la Constitución y la Ley.

## 9. COSTAS

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte accionante, de las cuales hacen parte las agencias derecho, pues conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no se ha comprobado temeridad o mala fe de la parte. El Consejo de Estado ha señalado: “(...) sólo cuando La Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas”<sup>12</sup>, y en vigencia de la Ley 1437 de 2011 ha reiterado<sup>13</sup>, acudiendo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-342/2008, que: “En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia, **su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.**” (Énfasis del Juzgado). Tampoco se comprobaron los hechos que, conforme lo exige el artículo 365-8 del C. G. del P., dan lugar a las costas.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Veintitrés (23) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## 10. RESUELVE:

**PRIMERO:** Se **NIEGAN** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** No se condena en costas ni agencias en derecho a la parte accionante, por las razones expuestas.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, por Secretaria liquidense los gastos del proceso, una vez hecho esto y las anotaciones de Ley, **ARCHÍVESE** el expediente.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**MARÍA TERESA LEYES BONILLA**

**JUEZ**

NVG

Firmado Por:

MARIA TERESA LEYES BONILLA  
JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 023 ADMINISTRATIVO-SECCION 2 DEL CIRCUITO DE BOGOTA

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: f31e2667f6a98c4d60d72ed5c6c9cb43ea1ae778b4b6efe794171d90b3d6390  
Documento generado en 19/08/2020 11:15:15 a.m.

<sup>12</sup>Sentencia 25 de mayo 2006 Subsección B, C. P. Dr. Jesús María Lemos, Radicación No. 25000-23-25-000-2001-04955-01 (2427-2004) Demandado: BOGOTÁ-D.C. Sría. EDUCACIÓN.

<sup>13</sup>Consejo de Estado- Sección Primera, auto del 17 de octubre de 2013, expediente No. 15001-23-33-000-2012-00282-01, C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA.