



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, primero (1º) de octubre de dos mil quince (2015)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-001-2014-00063-01
DEMANDANTE: JULIETH CAROLINA MERCADO DAZA
DEMANDADA: E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
M.DE CONTROL: NULIDAD Y REST. DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 10 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones:¹

La señora JULIETH CAROLINA MERCADO DAZA, mediante apoderado judicial, ejerció el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, con el objeto de que se declarará la nulidad del oficio de fecha 21 de noviembre de 2013, expedido por el HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO E.S.E., por medio del cual, le negaron las peticiones expresadas en sede administrativa.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar al HUS, al reconocimiento y pago de la diferencia de dinero, que existe entre los siguientes factores y prestaciones sociales: asignación básica mensual,

¹ Folios 2-4 del cuaderno de primera instancia.

prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por recreación, bonificaciones por servicios prestados, auxilio de cesantías con sus respectivos intereses; todo ellos devengados, cuando estuvo vinculada con dicha entidad hospitalaria y con respecto a lo devengado por los mismos conceptos, por el médico general código 211 grado 25, en el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 2012 y el 30 de agosto de 2013, además, de los recargos nocturnos laborados, tanto en los días dominicales y festivos, en su labor ordinaria.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda².

La señora JULIETH CAROLINA MERCADO DAZA, mediante resolución N° 04121 de fecha 31 de agosto de 2012, fue nombrada como Profesional en Servicio Social Obligatorio (Medico General), código 217, por el gerente del Hospital Universitario de Sincelejo. Su relación laboral, se dio por terminada el día 30 de agosto del 2013, percibiendo una asignación salarial en el año 2012, que alcanzó la suma de \$2.175.095.00 y en el año 2013 \$2.249.918.00.

Dice también la demandante, que se vinculó a la planta de personal del HUS, al señor CARLOS ALBERTO MEDINA PÉREZ, en el cargo de Médico General, código 211, grado 25, durante el mismo periodo y con el mismo nivel que la accionante, pero con una asignación básica mensual superior, a la recibida por ella.

Agrega, que mediante Oficio de fecha 12 de noviembre de 2013, la actora presentó derecho de petición ante el HUS, solicitando el reconocimiento y pago de la nivelación salarial objeto de demanda, la cual tuvo como respuesta, la no procedencia de dichas reclamaciones.

Como soporte jurídico de su pretensión, alega como violadas, normas de orden constitucional Arts. 13, 25, 53,123. Y legal la Ley 50 de 1981. Art 6;

² Folios 4-6. Cuaderno de primera instancia.

Decreto 2396 de 1981 art 6; Resolución 795 de 1995 del Ministerio de Salud art 1 N° 7 y 8; Decreto 1042 de 1978 art 34 y 39; Decreto 1045 de 1978 art 45.

Dentro del marco del concepto de violación de las normas anunciadas, sostuvo, que la demandante desarrollaba en igualdad de condiciones, las mismas funciones de un médico de planta, tal y como se puede verificar, en el manual de funciones de dicha entidad. Es por eso que la parte actora, reclama la homologación y nivelación, invocando la necesidad de protección al derecho fundamental de la igualdad, pues, si bien realiza idénticas funciones, son tratados de forma disímil, frente a la remuneración que perciben por parte de la entidad demandada.

1.3. Contestación de la demanda³.

La parte demandada, en ejercicio de su derecho de contradicción, manifiesta su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos indicó, que algunos son ciertos; otros, parcialmente ciertos. Se proponen como excepciones: *la falta de legitimación en la causa por pasiva, la inexistencia de la ilegalidad o carencia de vicio de nulidad en el acto administrativo acusado y por último el cobro de lo no debido.*

Las razones de la defensa, tienen su fundamento en la ley 909 del 2004, el cual expide normas que regulan la carrera administrativa, el empleo público, la gerencia publica entre otros, señalando, que a la demandante no se le adeuda acreencia alguna, pues, se le pagó todo lo adeudado, atendiendo el ordenamiento jurídico, especialmente aquellas normas, que hacen relación a la función pública.

³ Folios 123-126 cuaderno de primera instancia.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 10 de marzo de 2015, proferida en audiencia inicial, resolvió:

“Primero: NEGAR las pretensiones de la demanda por lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

Segundo: CONDÉNASE en costas a la parte demandante. **FÍJENSE** las agencias en derecho en la suma de CIENTO SETENTA Y UN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS M.C. (\$171.258.00). En firme la presente providencia, por secretaria, realícese la liquidación correspondiente.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, por secretaria devuélvase al interesado o a su apoderado, o a quienes ellos autoricen, el remanente de la suma de dinero que se ordenó pagar para atender los gastos ordinarios del proceso, si los hubiere (Acuerdo 2165 de 2003); y, archívese el expediente (...)”

Como argumentos de su decisión, el Juez A quo, en respuesta al problema jurídico, determinó, que la reclamación hecha por la actora al cargo ejercido como Profesional en Servicio Social Obligatorio (Médico General), era disímil con las funciones establecidas en el manual y/o denominación, con el cual quería se le aplicara un trato en igualdad, pues, como bien se probó, es evidente que el cargo de Profesional en Servicio Social Obligatorio, de acuerdo con el manual de funciones, es diferente al cargo de Médico General, código 211 (grado 25), por cuanto existen diferencias en las funciones a desarrollar, los requisitos y la experiencia para acceder a dichos cargos.

En este orden, el juez de instancia indicó, que no se vulneraron los derechos y normas expuestas en esta reclamación, ya que la asignación salarial que le fue estipulada a la parte demandante, era la que le correspondía, según el desempeño de sus funciones, por lo tanto, no se le puede pedir a dicha entidad, que cancele el pago de una deuda que no existe, porque se estaría incurriendo en el fenómeno de cobro de lo no debido.

⁴ Ver folios 154-164, del cuaderno de primera instancia.

1.5.- El recurso⁵.

Inconforme con la decisión de primer grado, la parte demandante la impugnó, con el objeto de ser revisada y revocada en esta instancia.

La apelante indicó, que el juez *A quo*, desconoce el precedente jurisprudencial⁶ acerca de la nivelación salarial, ya que se encuentra plenamente acreditado, que la demandante fue vinculada a dicha entidad, de forma legal y reglamentaria, para prestar sus servicios como profesional en Servicio Social Obligatorio, con una asignación salarial inferior al Médico General de planta.

Así mismo, manifestó, que el juez aplicó una normatividad diferente, para solucionar la controversia suscitada, que en tal sentido la normatividad aplicable en este caso, era el art 6 de la Ley 50 de 1981, el art 6 del Decreto 2396 de 1981, la Resolución 795 de 1995 del Ministerio de Salud y la Resolución 1058 de 2010 del Ministerio de la Protección Social, indicando, que el servicio social obligatorio, fue creado con el fin de que los profesionales recién graduados, brindaran sus servicios como médicos, a las personas más desprotegidas, con una remuneración similar, a los médicos de planta de personal.

Indicó, que el *A-quo* no se pronunció respecto al reconocimiento y pago, de los recargos por trabajos dominicales, festivos y nocturnos. Al efecto señala, que el decreto 1042 de 1978, regula la jornada ordinaria nocturna, por lo cual se debe precisar, que la mandante laboró también en las jornadas nocturnas, como se puede precisar en los documentos que se aportaron como prueba en la demanda, luego entonces, las horas laboradas en horarios nocturnos, deben ser cancelados por la parte demandada.

⁵ Folios 171-195 del cuaderno de primera instancia.

⁶ Sentencia 16 abril de 2009. Sentencia 03 de junio de 2010. Sentencia 15 de septiembre de 2011, entre otras.

Por otro lado, respecto a las horas laboradas en dominicales o festivos⁷, se puede observar, dice, que por la naturaleza del trabajo, la actora debía laborar habitualmente y de forma permanente, así como se demostró en el material probatorio, por lo cual, la entidad demandada, debe realizar el pago de los días trabajados en los días dominicales y feriados, los que son establecidos como días de descanso. Es por eso que la demandante considera, que el acto acusado es nulo, por violación directa del Art 39 de Decreto 1042 de 1978.

Por lo anterior, resalta la apelante, que debe revocarse la sentencia del 10 de marzo del 2015, emitida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Sincelejo. Y en consecuencia, se debe declarar la nulidad del oficio de fecha 21 de noviembre de 2013, expedida por el Hospital Universitario de Sincelejo E.S.E.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 27 de abril de 2015, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante⁸.

- En proveído de 7 de mayo de 2015, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁹. Siendo así, tanto la parte demandante, como demandada, presentaron sus alegaciones finales, mientras que el Ministerio Público, no conceptuó de fondo.

.- Alegatos de la parte demandante.

En esta oportunidad procesal, presentó sus alegaciones¹⁰, ratificando lo dicho en el escrito del recurso de apelación, expresando, que la sentencia de primera instancia, desconoce el precedente vertical predicado por la

⁷ Decreto 1045 de 1978-art 45.

⁸ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folio 13, Cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folio 20-25, Cuaderno de segunda instancia.

Corte Constitucional, en cuanto la diferencia salarial que existe entre una persona que presta el servicio social obligatorio y el médico general de planta.

A su vez, señala que el A-quo, no tuvo presente que la parte actora, prestó sus servicios como médico, con la denominación de Servicio Social Obligatorio, caso en el cual, debía equipararse el salario y las prestaciones sociales, con el del médico general de planta. Servicio que prestan los recién egresados, para atender a las personas que se encuentran en el régimen subsidiado.

Manifestó igualmente, que el Juez, no se pronunció acerca del reconocimiento y pago de los días festivos y dominicales, lo que efectivamente fue señalado como pretensión y aportó los documentos respectivos, en la presentación de la demanda.

.- Alegatos de la parte demandada.

Dentro de la oportunidad legal, la E.S.E. Hospital Universitario de Sincelejo, por intermedio de su apoderada judicial, presenta sus alegaciones¹¹, reiterando su oposición a las pretensiones y solicitando se confirme todo lo dicho en la sentencia. Arguyó, que no existió desigualdad o desequilibrio, al momento de disponer la asignación salarial, al cargo de Profesional del Servicio Social Obligatorio, código 217, debido a que, al compararlo con el Médico General código 211 (grado 25), no son iguales funciones, ni códigos, ni responsabilidades.

Manifestó, que se pudo evidenciar, que las funciones asignadas en el manual de funciones, tanto para las labores de medicina general, como para las del servicio social obligatorio, son totalmente diferentes, puesto que presenta diferentes códigos y cada cargo, presenta sus funciones de forma

¹¹ Folio 26-29, Cuaderno de segunda instancia.

específica, por lo tanto, no tienen la misma denominación que permita predicar la igualdad alegada.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en **segunda instancia** de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Cuestión preliminar

Como objeto de apelación, se señala por la parte demandante, que el a quo, no se pronunció frente a las pretensiones de reconocimiento y pago de los recargos por trabajo dominical y festivo y por trabajo nocturno, afirmación que contrastada con el contenido de la sentencia, debe asumirse como cierta, en tanto, se confundió en tal providencia, al momento de formularse el problema jurídico, la reliquidación derivada de reclamar un trato igual, con el reclamo simple y llano, del pago de los recargos mencionados.

Al efecto, el problema jurídico, textualmente señala:

“Determinar si existe identidad de funciones entre el cargo de profesional en servicio social obligatorio (Médico General), código 217, que desempeña la demandante y el cargo de médico general, código 211, grado 25, que haga posible en aplicación del principio de igualdad, la nivelación salarial que pretende la demandante, al igual que la reliquidación de sus prestaciones sociales, al recargo nocturno, y al trabajo dominical y feriado”

Siendo así, es oportuno preguntarse, si la segunda instancia está habilitada para adicionar la sentencia proferida en tal sentido o si por el contrario, el

proceso debe regresar al a quo, para que haga pronunciamiento al respecto.

Frente a tal cuestionamiento, debe señalarse:

El artículo 55 de la ley Estatutaria de la administración de justicia, establece que las sentencias judiciales, deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales, norma que se encuentra reiterada en el art. 280 del C. G. del P., en tanto señala, que la sentencia *“deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda...”*, norma que igualmente se halla en el art. 187 CPACA.

Normas que a su vez, se acompañan con lo señalado en el art. 287 del C. G. del P., que permite al Juez, adicionar la sentencia, dentro del término de ejecutoria, con otra complementaria, haciendo que se cumpla tal obligación, de resolver sobre todos los hechos y asuntos debatidos en el proceso.

Ahora bien, el mencionado artículo, parte de suponer que el debate se cumplió siguiendo las reglas del debido proceso y que el juez, al momento de fallar, incurrió en una omisión, lo que en punto de procesos tramitados ante esta jurisdicción, no es más que la concreción de lo fijado como litigio en audiencia inicial, donde las partes, tienen la obligación de señalar sus observaciones y anotaciones al respecto, las que no resultan necesarias e incluso, se desvanecen en asuntos donde se consideren derechos irrenunciables, resultando en consecuencia, que cuando se guarda silencio, debe entenderse que se está de acuerdo con lo fijado como litigio y solo sobre ello, debe entenderse el debate.

De ahí que resulte lógico y ajustado al principio de la economía procesal, que el superior, complemente la sentencia, cuando la parte perjudicada por la omisión, observada en los términos señalados, haya apelado o haya adherido a la apelación. Si no lo hizo, ello quiere decir, que se conformó con

la decisión, entendiéndose esto último, en el supuesto caso de que se trate de derechos renunciables.

Diferente es la situación, cuando el inferior dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado (art. 287 C. G. del P.), pues, en este caso, habrá de devolverse el expediente a la primera instancia, para que se dicte sentencia complementaria. Esta consideración en tanto, lo que acontece en este evento, es la falta de decisión sobre uno de los extremos de la litis: la demanda de reconvención o el proceso acumulado, más no sobre el contenido mismo de la litis, establecida entre los extremos que si participan en el proceso, pues, debe cumplirse el proceso en sus dos instancias, respetándose el principio que la ampara.

Siendo así, en criterio de la Sala, en casos como este, no se vulnera la Constitución, ni las garantías procesales, cuando se dicta sentencia complementaria, sea en la primera o en la segunda instancia, pues, no se menoscaba el derecho de defensa, ni se atenta contra el debido proceso y atiende, la necesidad de hacer prevalecer el derecho sustancial y resolver de fondo las controversias. Nótese por ejemplo, que en el presente asunto, establecidos en forma debida los extremos procesales, el tema del pago de los recargos, fue formulado en demanda, considerado al momento de contestar la demanda y referido, aunque mal interpretado, en la sentencia de primera instancia, garantizándose con ello, los derechos de contradicción y defensa de las partes.

Siendo así y aceptado que los recargos requeridos en pago, hacen parte del concepto de salario, puede pronunciarse la segunda instancia, adicionando en lo pertinente, la primera decisión tomada.

2.3. Problema Jurídico.

Luego entonces, los problemas jurídicos a desatar en la presente instancia, son:

¿Se encuentra debidamente probada la igualdad alegada por la demandante, entre el cargo por ella desempeñado, esto es, Profesional en Servicio Social Obligatorio, Código 217, con el cargo de Médico General Grado 25 Código 211?

¿Tiene derecho la demandante, a que se le reconozca y pague, los recargos por trabajo dominical y festivo y por trabajo nocturno, reclamados en demanda?

2.4. De lo probado.

Aparecen en el expediente, como pruebas debidamente aportadas:

- Resolución No. 04121 de 31 de agosto de 2012, por medio de la cual, el gerente del Hospital Universitario de Sincelejo, nombró a la señora JULIETH CAROLINA MERCADO DAZA, en el cargo de profesional SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO (MÉDICO GENERAL), código 2017, del mismo ente hospitalario, con una asignación mensual de \$2.175.095.00, con una intensidad horaria de 8 horas¹²; como también reposa acta de posesión de 3 de septiembre de 2012¹³.

- Certificación expedida por la Líder de la Unidad de Talento Humano del Hospital universitario de Sincelejo,¹⁴ donde hace constar, que la accionante, prestó sus servicios en esa institución, en el cargo de Médico Servicio Social Obligatorio, durante el período comprendido entre el 1º de septiembre de 2012 al 30 de agosto de 2013, con una asignación mensual de \$2.249.918, como último sueldo devengado.

- Copia de acto de nombramiento de fecha 31 de septiembre de 1994, donde se nombró al señor CARLOS MEDINA PÉREZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 22.312.458, en el cargo de médico general en el Hospital

¹² Folio 40, cuaderno de primera instancia.

¹³ Folio 41, cuaderno de primera instancia.

¹⁴ Folio 42, cuaderno de primera instancia.

Universitario de Sincelejo, al igual que obra la correspondiente acta de posesión de dicho cargo¹⁵.

- Certificación expedida por la Líder de la Unidad de Talento Humano del Hospital Universitario de Sincelejo, donde hace constar, que el cargo de Médico General del Hospital Universitario de Sincelejo, código 211 grado 25, con 8 horas diarias, lo ocupa el señor CARLOS ALBERTO MEDINA PÉREZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 9.312.458, desde el 1 de junio de 1994, devengando un salario mensual de \$3.910.032.00¹⁶.

- Certificación expedida por la Líder de la Unidad de Talento Humano del Hospital Universitario de Sincelejo, donde hace constar, que la señora JULIETH CAROLINA MERCADO DAZA, se le liquidaron las siguientes prestaciones sociales: prima de navidad, de servicios, de vacaciones, bonificación por recreación, bonificación por servicios prestados y cesantías más intereses¹⁷. De igual manera, se encuentra similar certificado donde se indica las horas laboradas por la mencionada señora¹⁸, al igual que los turnos desempeñados¹⁹, con la explicación de su nomenclatura.

- Copia del manual de funciones y competencias laborales, de los cargos PROFESIONAL SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO y MÉDICO GENERAL, de la planta de personal del Hospital Universitario de Sincelejo²⁰.

2.5.- Régimen laboral de los médicos en servicio social obligatorio. Principio de Igualdad.

Como quiera que en el presente asunto, se trata de una profesional de la medicina que ocupó el cargo de profesional de Servicio Social Obligatorio dentro de un centro hospitalario, se esbozará la normativa que regula dicha

¹⁵ Folios 43-44, cuaderno de primera instancia.

¹⁶ Folio 45, cuaderno de primera instancia.

¹⁷ Folios 46, cuaderno de primera instancia.

¹⁸ Folio 47, cuaderno de primera instancia.

¹⁹ Folios 54 – 73, 77, cuaderno de primera instancia.

²⁰ Folios 48-53 y 127-132 cuaderno de primera instancia.

modalidad de empleado de la salud y posteriormente, se aludirá la posición jurisprudencial vigente, para efectos de analizar y determinar la nivelación salarial de todos los servidores del Estado.

La Ley 50 de 1981, creó el servicio social obligatorio, el cual debe ser prestado en el todo el territorio nacional, por todo aquél que tenga formación tecnológica o universitaria, por el término de hasta un año y se prestará, con posterioridad a la obtención del título, convirtiéndose en requisito, para obtener la autorización de dicho título, para vincularse a cualquier órgano del Estado y para ejercer la profesión dentro del territorio nacional²¹.

El régimen prestacional de estos servidores, se encuentra señalado en el artículo 6º de la ley en comento, rezando que *“Las tasas remunerativas y el régimen prestacional al cual serán sometidos quienes presten el Servicio Social Obligatorio serán los propios de la institución a la cual se vincule el personal para cumplimiento de dicho servicio y se aplicarán bajo la supervisión y control del Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio.”*

El Decreto No. 2396 de 28 de agosto de 1991, estableció la obligatoriedad de este servicio social obligatorio para quienes hayan obtenido el título profesional de medicina, entre otros, imponiendo una duración de un (1) año, con dedicación de tiempo completo, prestado en entidades oficiales o entidades de salud del sector privado sin ánimo de lucro. Asimismo, las personas que se desempeñen en los cargos de Servicio Social Obligatorio, están autorizadas para el ejercicio de la profesión u oficio, solamente para los fines y por el término del Servicio Social Obligatorio. Por último, los que cumplan con el servicio en comento, quedarán sujetos a las disposiciones que en materia de personal, rijan en las entidades a las cuales se vinculen.

²¹ Artículos 1 y 2 ibídem.

Siguiendo con las normativas que regulan este tipo de profesionales de la salud, se tiene que el Ministerio del Trabajo, mediante Resolución No. 795 de 1995, dispuso los criterios técnicos y administrativos para la prestación del Servicio Social Obligatorio. Al respecto, señala:

“Artículo 1º. Establecer los siguientes criterios para que las Direcciones Seccionales, Distritales y locales de Salud, certificadas, aprueben y renueven las plazas para el ejercicio del Servicio Social Obligatorio (...)

*7. La vinculación de los Profesionales deberá contar con la disponibilidad presupuestal respectiva y **en ningún caso la remuneración será inferior a los cargos en planta de las instituciones en la cual presten sus servicios.***

*8. **El profesional que presta el Servicio Social Obligatorio gozará de las mismas garantías del personal de planta, en cuanto a honorarios, compensatorios, etc. (...)***

*Artículo 10. Las Direcciones de Salud, así como las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas **deberán hacer la equivalencia salarial de los cargos del Servicio Social Obligatorio a los de la planta de personal de la respectiva entidad, para las mismas profesiones.** (...)*

Artículo 12. Los profesionales que cumplan con el Servicio Social Obligatorio estarán sujetos a las disposiciones vigentes que en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales rijan en las entidades donde presten dicho servicio.”.

Para el Honorable Consejo de Estado, “el Servicio Social Obligatorio es una fuente de personal calificado e idóneo para incrementar la cobertura de la prestación del servicio de salud, no una forma especial o flexible de vinculación a la administración pública. En este sentido, tal como lo establecieron claramente las normas transcritas, quienes desempeñen un cargo bajo esta denominación cuentan con los mismos derechos salariales y prestaciones del personal vinculado a la entidad”²².

Lo expuesto da pie para inferir que los profesionales de la medicina, deben prestar un servicio social obligatorio una vez obtengan su titulación, el cual

²² Sentencia de 16 de abril de 2009, radicado 08001-23-31-000-2002-01739-01(0694-07), Sección Segunda, Subsección B, C. P. Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARCILA.

es necesario para que en la posterioridad, puedan ejercer dicha profesión en todos los niveles, estamentos y órganos del territorio nacional. Asimismo, tienen iguales derechos salariales y prestacionales, de quienes se encuentren vinculados en la planta de personal, de la entidad donde están prestando el servicio, de manera que, dicha igualdad se predica en cuanto a los derechos laborales que le asisten, en virtud de su vinculación y trabajo prestado y no en relación al quantum dinerario de los conceptos salariales y prestacionales que se causen, ya que ello depende a la escala salarial y ocupacional que se tenga previsto en la entidad, dependiendo de las funciones y atribuciones asignadas a los profesionales de la medicina.

Por ello, si bien existe paridad en el régimen salarial y prestacional, de quienes prestan el servicio social obligatorio, frente a quienes se encuentran en la planta de personal del centro asistencial, referido a que reciben la misma tipología de prestaciones sociales, resulta errado afirmar, que también se encuentra en igualdad, en cuanto a los montos a recibir, toda vez que las funciones concretas y especializadas, inciden en las erogaciones percibidas como contraprestación a esos servicios, circunstancia que se produce, precisamente, de la diferenciación de competencias y funciones.

Para mejor ilustración del por qué es factible predicar un trato disímil, del personal que ocupa cargos en una entidad oficial, es necesario realizar las siguientes precisiones.

El empleo público, como fundamento básico de la estructura de la función Pública, es entendido como el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades, que se asignan a una persona y las competencias requeridas, para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado²³.

²³ Artículo 19 de la Ley 909 de 2004.

En este mismo sentido, dentro de los elementos esenciales del empleo público, que resultan del texto de la Carta Política, están (i) la clasificación y la nomenclatura, (ii) las funciones asignadas; (iii) los requisitos exigidos para desempeñarlo; (iv) la autoridad con que se inviste al titular del mismo, para cumplir las funciones del cargo; (v) la remuneración correspondiente, y (vi) su incorporación en una planta de personal²⁴.

Respecto de los elementos del empleo público, la Corte Constitucional, en Sentencia C-1174 de 2005, se pronunció de la siguiente manera:

“Dentro de los elementos esenciales del empleo público, que resultan del texto de la Carta Política, están (i) la clasificación y la nomenclatura, (ii) las funciones asignadas; (iii) los requisitos exigidos para desempeñarlo; (iv) la autoridad con que se inviste al titular del mismo para cumplir las funciones del cargo; (v) la remuneración correspondiente, y (vi) su incorporación en una planta de personal.

La clasificación hace alusión a la forma de organización de los empleos públicos en diferentes grupos. Dicha clasificación tiene su origen en la Constitución o en la ley. Con fundamento en la Carta, cuya clasificación atiende a la naturaleza del cargo, los empleos son de carrera -la regla general-, de elección popular, de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Una manera de clasificación tradicional que contempla la ley es por niveles jerárquicos que tiene en cuenta la naturaleza de las funciones asignadas, los requisitos exigidos para el empleo y el grado de responsabilidad. Con base en la clasificación se adoptan otras medidas como la determinación del régimen salarial, el sistema de selección y el régimen de competencia y responsabilidades de los servidores públicos.

La nomenclatura se refiere a los vocablos (denominación) y/o dígitos (código numérico) que se le asignan a un empleo para identificarlo e individualizarlo de los demás.

El artículo 122 de la Carta prescribe que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o el reglamento, y el 123 ibídem señala que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. Esto significa que cada empleo debe tener unas

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-793 del 24 de septiembre de 2002.

actividades claramente asignadas para ser desempeñadas por su titular conforme a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Del artículo 125 C.P. también resulta que el empleo debe contener los requisitos mínimos que debe cumplir la persona con quien vaya a proveerse, es decir, las condiciones que debe reunir, tales como experiencia y educación. En ciertos eventos es directamente la Constitución la que señala los requisitos para determinados cargos, como ocurre con los de magistrados de las Cortes y del Consejo de Estado (art. 232) o de senador de la República (art. 172), y en otras oportunidades remite al legislador la fijación de los requisitos, como ocurre, por ejemplo, con los gobernadores (art. 303). Lo pretendido con la fijación de los requisitos para los empleos es garantizar el cumplimiento de las funciones públicas y la consecución de los fines esenciales del Estado.

Todo empleo público otorga autoridad a quien lo desempeña, que en realidad es una consecuencia del vínculo entre empleado y empleo. El artículo 122 C.P. señala que para proveer los empleos de carácter remunerado, se requiere que estén contemplados en la respectiva planta de personal y que se encuentren previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, pues todo empleo ha de tener asignada la remuneración que perciba su titular, es decir, la retribución por la prestación personal del servicio”.

De esta manera, se tiene que los empleos públicos, en donde se pueden ubicar, sin ninguna dificultad, los servidores y profesionales de la medicina vinculados legal y reglamentariamente en centros hospitalarios, incluyendo a los profesionales del servicio social obligatorio, poseen niveles en que se clasifican los diferentes empleos, con una nomenclatura específica, que los identifica y distingue de otros, equivalente a las distintas denominaciones de empleos y en cada nivel, se establecen grados y para cada grado, una asignación básica.

Por lo tanto, la asignación mensual correspondiente a cada empleo, está determinada por sus **funciones y responsabilidades**, así como por los requisitos de conocimientos y experiencia, requeridos para su ejercicio, según la denominación y el grado establecido en la nomenclatura y la escala del respectivo nivel.

Con fundamento en ello, es de predicar, que entre empleos de diferente denominación o código, no es meritorio establecer una misma asignación salarial, por cuanto las competencias y requisitos exigidos para desempeñar cada uno, será según el manual de funciones, con que cuente la entidad, específicos.

En tal sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, cuando dijo²⁵:

“Una de las formas de especial protección al trabajo por parte del Estado consiste en el respeto por la dignidad y la justicia en la relación laboral y, en estrecha relación, en la obligación de garantizar una remuneración acorde con las condiciones reales del trabajo²⁶. Así, como expresamente lo señala la Constitución (art.53), toda remuneración debe ser proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, que se traduce en el postulado según el cual “a trabajo igual, salario igual”, también reconocido por la jurisprudencia constitucional²⁷. En estas condiciones, “el patrono no puede fijar de manera arbitraria los salarios de sus empleados, preferir o discriminar a algunos de ellos, hallándose todos en igualdad de condiciones”²⁸. Sin embargo, es preciso advertir que la igualdad predicada obedece a criterios objetivos y no meramente formales, aceptando entonces homogeneidad entre los iguales, pero admitiendo también diferenciación ante situaciones desiguales: “Se supera así el concepto de igualdad a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos”²⁹. Para que una diferenciación sea admisible en términos constitucionales, será requisito sine qua non que obedezca a criterios objetivos y razonables que la fundamenten³⁰.

7- Respecto del tema específico de la igualdad en materia salarial, ya la Corte se pronunció para determinar los eventos en los cuales ella debe ser igual entre dos trabajadores. Esto ocurre cuando se reúnen los siguientes presupuestos fácticos: i) ejecutan la misma labor, ii) tienen la misma categoría, iii) cuentan con la misma preparación, iv) coinciden en el horario y, finalmente, cuando (v) las responsabilidades son iguales³¹”. (Negrilla fuera de texto)

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia T - 067 de 2001. M. P. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-1156 de 2000 MP. Alejandro Martínez Caballero.

²⁷ Sentencia T-081 de 1997 M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁸ Sentencia Su 519 de 1997 M. P. José Gregorio Hernández Galindo

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1992 M. P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁰ En el mismo sentido, puede consultarse la Sentencia T-601 de 1999 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

³¹ Sentencia SU-519 de 1997.

De esta manera, cuando se pretenda la **nivelación salarial**, para que sea atendida entre uno y otro empleo de la planta de personal de una entidad, es necesario que el interesado, demuestre probatoriamente, que los empleos posean idénticas condiciones, en cuanto a la nomenclatura, nivel, código y grado. Así, lo ha manifestado el Consejo de Estado³²:

*“Quien pretenda la nivelación salarial atendiendo a que la función que cumple resulta equiparable a la de otro funcionario que se remunera con mayor salario, **debe acreditar la identidad de funciones**, pues, sólo la diferencia real en las funciones que la entidad demande o exija del funcionario fundamenta la diferencia salarial. Por eso en los manuales de funciones se consagran, de acuerdo con las necesidades específicas de la entidad, los deberes de carácter legal que tiene cada funcionario en el cumplimiento del objeto de la entidad a la que presta sus servicios.*

El manual de funciones debe contener de manera expresa y específica, el aporte que el empleado debe realizar para el cumplimiento de tal objetivo, siendo este el parámetro que define concretamente las funciones que el empleado debe realizar. Por ello, no puede existir empleo público que carezca de funciones específicas y tampoco puede la administración exigir el cumplimiento de funciones diferentes a las señaladas en las normas reglamentarias de carácter funcional”. (Negrilla fuera de texto).

En este sentido, para predicar la nivelación salarial, hay que certificar, que hay identidad de funciones, porque éstas determinan la denominación del cargo, que está comprendida dentro del código.

No sobra advertirse, que los casos mediante los cuales se pregona, por una igualdad material del salario, entre cargos o puestos de trabajo, deben ser estudiados de cara al principio constitucional de “*a trabajo igual salario igual*”, el cual, según la jurisprudencia constitucional, se distingue “*en la necesidad que la remuneración asignada responda a criterios objetivos y razonables, que a su vez sean variables dependientes de la cantidad y*

³² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 11 de noviembre de 2011. Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón. Radicación: 25000-23-25-000-2001-11578-01(0607-09).

calidad de trabajo, al igual que a los requisitos de capacitación exigidos y otros factores que compartan esa naturaleza objetiva."³³

De allí que, el juicio de igualdad³⁴ a realizarse, por parte del operador judicial, juega un papel indispensable, a la hora de resolverse la controversia jurídica suscitada, donde es menester, la acreditación de la vulneración, entre sujetos que desempeñen las mismas funciones, de aquellos que se encuentren en el mismo régimen jurídico de exigencias y su realidad sea factible de comparación, en contraposición de la discriminación que se predica de la remuneración, eso sí, ante la ausencia de un criterio objetivo, discernible y razonable, que justifique tal diferenciación.

Sea esta la oportunidad, para traer a colación, las apreciaciones que el Alto Tribunal Constitucional, sobres este último aspecto ha preceptuado:

"Así, la jurisprudencia constitucional ha catalogado como razones admisibles de diferenciación salarial, entre otras (i) la aplicación de criterios objetivos de evaluación y desempeño; (ii) las diferencias de la estructura institucional de las dependencias públicas en que se desempeñan cargos que se muestran prima facie análogos; y (iii) la distinta clasificación de los empleos públicos, a partir de la cual se generan diferentes escalas salariales, que responden a cualificaciones igualmente disímiles para el acceso a dichos empleos.

De acuerdo con lo expuesto, se encuentra que la protección constitucional del principio de a trabajo igual, salario igual, tiene sustento en la eficacia de los principios mínimos del trabajo, tanto de remuneración acorde con la cantidad y calidad de la labor,

³³ Corte Constitucional. Sentencia T-833 de 2012. M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁴ Sobre el juicio de igualdad, la jurisprudencia constitucional ha recurrido a una serie de ejercicios valorativos, para ello se puede hacer uso de una sentencia arquimédica sobre el asunto, como lo es la Sentencia C-313 de 2003, con ponencia del Dr. Álvaro Tafur Galvis, donde se resalta: "Recuérdese al respecto que el primer elemento del juicio de igualdad al que acude de tiempo atrás esta Corporación para examinar las posibles vulneraciones del artículo 13 superior consiste en determinar cuáles son las situaciones o supuestos que deben ser objeto de comparación, desde el punto de vista objetivo o material, atendiendo todos los aspectos que sean relevantes en las respectivas relaciones o circunstancias, con el fin de determinar qué es lo igual que merece un trato igual. De no ser posible constatar la existencia de situaciones de hecho que resulten iguales, no es pertinente continuar la secuencia lógica de dicho juicio, que llevaría luego a determinar si el tratamiento que se dispensa en una situación concreta obedece o no a criterios que sean objetivos, razonables, proporcionados y que estén acordes con una finalidad constitucional legítima".

como de, especialmente, la primacía de la realidad sobre las formas dentro de la relación laboral."³⁵

Así entonces, se concluye que en el evento de pretender la paridad e igualdad de quienes ocupan un empleo o cargo frente a otro, que en el parecer del interesado, cumplen las mismas funciones y competencias, pero tienen salarios disimiles, es necesario que dicha parte, cumpla con la carga probatoria requerida, para determinar si efectivamente existe algún grado de desigualdad o si por el contrario, la diferenciación se justifica en razón a las funciones que se desarrollan.

En casos donde los profesionales de la medicina que prestan el Servicio Social Obligatorio, pretendan equiparse salarial y prestacionalmente, con los demás galenos vinculados a la administración de salud, deben acreditar identidad de funciones, nomenclatura, grado, experiencia o en su defecto, iguales atribuciones en el ejercicio de sus labores, según el manual de funciones y competencias de la institución.

2.6.- De la remuneración de los médicos en servicio social obligatorio, particularmente, en lo que hace a recargos

Establecido se encuentra, que los médicos en servicio social obligatorio, en su régimen laboral se ajusta a las tasas remunerativas y el régimen prestacional, propio de la institución a la cual se vinculen, sin que esto implique, per se, condicionamiento a la igualdad, conforme a lo anotado.

Ahora bien, frente al trabajo de horas extras y suplementario, como de la disponibilidad médica, debe tenerse en cuenta³⁶:

Sobre las **horas extras**, el Decreto 708 de 2009, aplicable a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, señala:

³⁵ Supra, nota 31.

³⁶ Recuento tomado de Concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública fechado a 9 de abril de 2010.

“Artículo 12. Horas extras, dominicales y festivos. 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.” (Subrayado fuera de texto)

En relación al trabajo en dominicales y festivos, el 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.”

“Artículo 40. Del trabajo ocasional en días dominicales y festivos. Por razones especiales de servicio podrá autorizarse el trabajo ocasional en días dominicales o festivos.”

En virtud de lo expuesto, los médicos del servicio social obligatorio, se sujetan a las normas de personal, que rigen la entidad a la cual se encuentran vinculados, conforme a ello, el Decreto 708 de 2009, respecto de la causación de horas extras, establece que los empleados del nivel profesional, no tienen derecho al reconocimiento de horas extras.

Ahora bien, respecto al sistema de turnos, debe afirmarse, que aunque no existe norma específica que lo regule para los empleados públicos, atendiendo a la naturaleza del servicio público de salud y la necesidad de la continuidad en el mismo, es posible adecuar la jornada laboral – que es

de 44 horas semanales – del personal que se requiera para que se cumpla de manera ininterrumpida en jornadas diurnas, nocturnas o mixtas, como también distribuir esta jornada de 44 horas, en los horarios de trabajo que se hagan necesarios, atendiendo la demanda de servicios, las cargas de trabajo y la disponibilidad presupuestal.

La ley, no ha definido lo que ha de entenderse por “disponibilidad” en materia de jornada laboral. La Corte suprema de Justicia en sentencia de Casación del 11 de mayo de 1968, sobre el tema expresó:

“... no toda “disponibilidad” o “vocación” permanente, por un periodo más o menos largo a prestar el servicio efectivo puede calificarse como trabajo enmarcado dentro de la jornada ordinaria o la suplementaria delimitadas en la ley, pues esta llamada “disponibilidad” tiene tales matices de servicio más o menos frecuentes, y de descansos, tiempo para tomar alimentos, oportunidades de ocuparse en actividad diferente del servicio objeto del compromiso y aún, en ocasiones, de servir a personas diferentes o trabajar en forma autónoma, que encasillar toda “disponibilidad” dentro de la jornada que hace relación a la propia actividad laboral, ...

“No pudiendo adoptarse, por lo anotado, el criterio general de “disponibilidad” como trabajo, es necesario establecer cuándo y en qué medida el no cumplir la actividad concreta laboral sino mantenerse a órdenes del patrono, significa servicio y se incluye en la jornada de trabajo. Porque si esta modalidad de mantenerse a órdenes del patrono, se cumple en el lugar de servicio, sin posibilidad de retirarse de él y sin ocasión de destinar tiempo para tomar alimentos, dormir o cumplir ninguna actividad lucrativa propia, es indudable que tal “disponibilidad”, si encaja dentro de la asimilación al servicio para enmarcarla en la jornada laboral. Y lo propio ocurre si el trabajador debe radicarse, con las modalidades anotadas en determinado lugar. Pero si la disponibilidad permite al subordinado emplear tiempo para alimentarse, dormir, salir del sitio de trabajo y permanecer en su propia casa, sólo dispuesto a atender el llamado del trabajo efectivo cuando este se presente, no puede considerarse dentro de la jornada laboral el tiempo empleado en alimentarse o en dormir o en ocuparse en su propio domicilio de actividades particulares, aunque no lucrativas... Es cierto que la “disponibilidad” normalmente conlleva una restricción a la libertad de aprovechamiento autónomo del tiempo por el trabajador, por la necesaria radicación en determinados sitios para la facilidad de atención del servicio demandado... la sola

“disponibilidad” convenida en el contrato de trabajo puede determinar por esa restricción a la libre disposición de su tiempo por el trabajador, una retribución por si sola, ya que quede compensada dentro del salario que corresponda a la jornada ordinaria laboral, es decir con el salario corriente estipulado en el contrato cuando es salario fijo, así no se desempeñe ningún servicio efectuado por algún lapso o este trabajo sea inferior en duración a la jornada ordinaria...”

Luego entonces, se considera que es claro que procede el pago de la disponibilidad, cuando ésta se cumpla en el lugar de trabajo, de tal suerte que el empleado, no puede realizar otras actividades. Ahora bien, si durante esta disponibilidad, el empleado permanece en su casa, desarrollando actividades familiares y personales, en principio se considera, que no procede el pago, en cuanto no existe prestación efectiva de las funciones propias del empleo y sólo sería viable el pago de la “disponibilidad”, cuando el funcionario, efectivamente, es llamado para atender el servicio.

No obstante, tal como lo expresa la sentencia en comento, al darse una limitación a la disposición del tiempo libre del trabajador, se considera que podría contemplarse una forma de manejo de esta “disponibilidad”, que se cumple fuera de la sede de trabajo, para incluirla, por ejemplo, dentro de la jornada laboral, con un tiempo determinado, retribuido con la asignación básica mensual.

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, sobre los turnos de “disponibilidad”, profirió la sentencia de Radicación No. 1254, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce, de fecha 9 de marzo de 2000, señalando:

“Los turnos de disponibilidad no están expresamente reglamentados en la ley. Por aplicación de las normas generales - decreto 1042 de 1978 - y partiendo de la noción de jornada de trabajo, se concluye que si el servidor esta cumpliendo la jornada asignada y el turno de disponibilidad está comprendido en ella y se prestan servicios durante la disponibilidad, ellos se reconocerán atendiendo las condiciones específicas en que se prestaron

(jornada nocturna, dominical, etc.), en proporción a los servicios efectivamente prestados, cuantificados en horas.” (...)

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

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

- Que el empleado esté cumpliendo la jornada asignada, el turno de disponibilidad haga parte de la misma y no se preste servicio alguno por cuanto no se efectuó llamada. En este evento, conforme a la normatividad vigente, solo se tendrá derecho a la asignación básica. En el primer caso puede presentarse, además, la posibilidad de trabajo suplementario, el que será remunerado como ya quedó expuesto.

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

Conforme a las normas y jurisprudencia citadas, bien se puede concluir:

- El personal médico perteneciente al nivel profesional, no tiene derecho al reconocimiento de horas extras, como tampoco al pago del trabajo en dominicales y festivos laborados de manera ocasional; pero si tendrá derecho al pago de dominicales y festivos, laborados de manera habitual o permanente.

El trabajo habitual o permanente en los días dominicales o festivos, dará derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo –valor no susceptible de ser compensado en tiempo- 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 en el mes completo. El valor doble, de la remuneración que corresponde al trabajo habitual en dominicales y festivos, no incluye la remuneración ordinaria del empleo; este doble pago es independiente y adicional a la remuneración habitual del empleo, lo que conlleva efectivamente a un triple pago.

- Procede el pago de la disponibilidad, cuando ésta se cumpla en el lugar de trabajo, de tal suerte que el empleado no puede realizar otras actividades; sin embargo, como quiera que a pesar de estar fuera del mismo, se limita la disposición que tiene de su tiempo libre, podría contemplar la posibilidad de entender incluido ese tiempo, dentro de la jornada laboral, retribuido con una asignación básica mensual.

Respecto al descuento de los días compensatorios, debe tenerse en cuenta, que si el empleado desarrolla trabajo habitual o permanente en dominicales o festivos, tendría derecho a compensatorios, sin que ello de lugar, a descuento alguno, por dicho descanso; por el contrario, si se trata de trabajo ocasional en dominicales y festivos, este no generaría el derecho a compensatorios, de forma que los días laborales, en los cuales no hubiese prestado el servicio, si podrían serle descontados.

2.7.- Caso Concreto

Descendiendo al caso puesto a consideración, encuentra la Sala, que son tres (3) los cargos expuestos en el recurso de apelación, los cuales son: i) desconocimiento del precedente judicial; ii) errada aplicación de la normatividad aplicable al caso; iii) no pronunciamiento por parte del A quo de las pretensiones de reconocimiento y pago de recargo nocturno, recargo de dominicales y festivos y recargo de dominicales y festivos, en horario nocturno.

Frente al **primer cargo**, observa la Sala, que la accionante expuso una serie de pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado, con los que pretende justificar, que sobre el tema de nivelación salarial y prestacional

de los profesionales del servicio social obligatorio, se encuentra zanjada por la jurisprudencia de ese órgano, intelección que no comparte esta Sala, toda vez que algunas sentencias anunciadas, si bien tratan la temática en comento, la verdad es que versan sobre reconocimiento y pago de esos profesionales, pero que fueron vinculados mediante contratos de prestación de servicios, cuestión que es fácticamente disímil al presente asunto.

También se anuncian sentencias, que tratan sobre los mismos reconocimientos de pago de salarios y prestaciones de los profesionales del servicio social obligatorio, pero que no fueron cancelados, cuestión que tampoco aplica al caso y por último, se citaron sentencias, donde se resuelve el pago de la diferenciación salarial y prestacional que se reclama en esta oportunidad, pero se desatan de manera negativa.

Siendo así resulta evidente que el precedente jurisprudencial señalado, no puede ser recogido por la Sala, al no existir identidad en los puntos fácticos, que sustentan el precedente y lo aquí tratado.

De esta manera, la Sala estima que dicho cargo no debe prosperar, porque el precedente citado en el recurso, no se ajusta, fácticamente, al caso que se resuelve en esta oportunidad.

Además de ello, en temas de nivelación salarial de empleados, cada caso se observa con total particularidad, en razón a los argumentos y actividad probatoria que debe efectuarse en cada asunto, siendo necesario verificar y contrastar las especificaciones, naturaleza, características, calificación y funciones de un determinado cargo, con respecto al que se pretende equiparar salarialmente, de suerte que no es posible asemejar, todos los casos de nivelación salarial, dado que no todos los eventos, tienen la misma identidad fáctica.

En relación al **segundo cargo**, debe decirse que la normativa si es aplicable, solo que omitió el A quo, señalar aquella que regula la vinculación de los profesionales del servicio social obligatorio y el régimen salarial que los

cobija, no queriendo decir que esta ausencia, implique que se hubiese tomado una decisión diferente, toda vez, que el resultado del proceso, depende del contraste que se efectúe, a los cargos que se quieran igualar salarialmente y para ello, es menester una acuciosa valoración probatoria.

Sea esta la oportunidad para advertir, que si bien la actora JULIETH CAROLINA MERCADO DAZA, desempeñó labores de profesional de servicio social obligatorio en el Hospital Universitario de Sincelejo, dicho cargo tiene una naturaleza, funciones y competencias que las asemejan en algunos asuntos y a su vez, las distingue en relación a otros, con respecto al cargo de Médico General de dicho hospital, empezando por su nomenclatura, pues, el cargo ocupado por la accionante, se identifica con el código 217 y el cargo con quien se pretende igualar, tiene código 211, grado 25, por lo que de facto, posee atribuciones laborales distintas, dentro del establecimiento, que el otro no tiene.

Al efecto, se desprende del manual de funciones, previsto para el cargo de Médico General, código 211, grado 25, unas atribuciones y funciones esenciales, que no están diseñadas por los profesionales del servicio social obligatorio en salud, verbi gracia, a los primeros, les asisten el deber de *“prestar atención integral al paciente por consulta externa, urgencias médicas y hospitalización para identificar, diagnosticar y tratar enfermedades, participar rondas quirúrgicas con el cirujano de turno, prescribir y/o realizar procedimientos médicos quirúrgicos o participar en ellos y controlar los pacientes bajo su cuidado...”* mientras que lo segundos, no tienen asignadas tareas de igual responsabilidad, como aquéllas que se tratan de realizar procedimientos quirúrgicos, por ejemplo.

Solo esta diferenciación basta, para estimar que si bien, ambos cargos tienen la connotación de médicos generales, uno tiene responsabilidades asistenciales y funcionales, mayores que el otro, de manera, que resulta válido, un trato salarial disímil, máxime si se tiene en cuenta, que para ocupar el cargo de Médico General, código 211, grado 25, se exige una experiencia mínima de un (1) año y título profesional en medicina, supuesto que se

justifica en razón a sus notarias responsabilidades, dentro del centro asistencial, mientras que en el caso de los profesionales del servicio social obligatorio, no se exige una experiencia mínima y basta con acreditar que se es egresado de una facultad de medicina, dado que sus competencias se ciñen, más al campo asistencial.

Así las cosas, el principio constitucional de trabajo igual salario igual, debe predicarse, en torno de quienes tienen la misma naturaleza de empleo, con iguales atribuciones, situación que no acontece con los cargos de profesional del servicio social obligatorio, código 217, frente a Médico General, código 211, grado 25.

Por consiguiente, esta Sala despacha, desfavorablemente, las apreciaciones de la demandante y confirmará la sentencia objeto de alzada.

En cuanto al último cargo, esto es, lo relacionado con los recargos nocturnos, dominicales y festivos, la Sala negará la pretensión, en tanto:

1. Textualmente, la pretensión de pago de recargos nocturno, dominicales y festivos diurno y nocturno, se ciñe al período comprendido entre el 1º de septiembre de 2012 y el 30 de agosto de 2013 (folio 3); es decir, cualquier otro período debe entenderse como debidamente sufragado, dado que el demandante, con su escrito, solo confiesa como no pagado los tiempos antes indicados.

2. Como sustento probatorio de la mentada pretensión, solamente se allegaron los siguientes medios probatorios:

* Certificado expedido por la Subgerente de Servicios Asistenciales fechado a 5 de noviembre de 2011³⁷, conforme al cual, se indica que la demandante cumplió

³⁷ Folio 47.

“horario de 8 (ocho) horas diarias, con turnos anexos al horario de trabajo y laboró las siguientes horas discriminadas así:

MES	HORAS LAB.
SEPTIEMBRE 2012	92
OCTUBRE 2012	104
NOVIEMBRE 2012	72
DICIEMBRE 2012	120
ENERO 2013	132
FEBRERO 2013	124
MARZO 2013	140
ABRIL 2013	120
MAYO 2013	132
JUNIO 2013	104
JULIO 2013	124
AGOSTO 2013	84

* Planillas de horario de trabajo, servicio de urgencias y maternidad, correspondiente a los meses de agosto de 2013 (folio 54), julio de 2013 (folio 55), julio 2013 (folio 56), junio 2013 (folio 57), junio 2013 (folio 58), mayo 2013 (folio 59), mayo 2013 (folio 60), mayo 2013 (folio 61), abril 2013 (folio 62), abril 2013 (folio 63), abril 2013 (folio 64), marzo 2013 (folio 65), febrero 2013 (folio 67), marzo 2013 (folio 68), febrero 2013 (folio 68), enero 2013 (folio 69), diciembre, sin indicar año (folio 70), noviembre sin indicar año (folio 71), octubre sin indicar año (folio 72), septiembre sin indicar año (folio 73).

* Certificación del significado de cada uno de los símbolos o letras del programa de los horarios de trabajo de los médicos generales y Profesional Servicio Social Obligatorio (médico) que rotan por los diferentes servicios del Hospital Universitario de Sincelejo E.S.E. (folio 74, 77).

De donde, en punto del marco teórico atrás elaborado, existe falencia probatoria, dado que en el expediente, no se demostró si el horario de servicio reclamado, efectivamente, correspondía a recargo o turno de disponibilidad, en tanto, las planillas del horario de trabajo aportadas, salvo en lo corresponde al mes de agosto de 2013, tienen como referente un período distinto al reclamado y en aquellas que no poseen fecha, no puede predicarse relación con el mismo.

Respecto al mes de agosto de 2013, tampoco es posible considerar la pretensión reclamada, en tanto, si bien la certificación de fecha 5 de noviembre de 2013 (folio 47), señala que en dicho mes se cumplieron 84 horas de servicio, la planilla de horario de trabajo (folio 54) señala, que la demandante, cumplió turnos en el servicio de urgencias, para las jornadas de la mañana de los días 1, 2, 5, 6, 7, 8, 12, 13, 14, mientras que los días correspondientes a los días 15 a 31, la demandante, disfrutó de vacaciones y el día 7 de compensatorio.

Por ende, suponiendo que los días laborados correspondan a seis horas (jornada de la mañana, tomada de seis a doce del día, lo que por demás no está tampoco probado), el tiempo laborado corresponde a 54 horas y no a 84, como lo señala la certificación, anotándose que dicha sumatoria, solo es traída a manera de ejemplo, pues, nada señala que la jornada laboral haya sido de seis horas y por el contrario, el certificado que obra a folio 47, lo que permite inferir es que la jornada laboral, fue de solo 8 horas diarias³⁸.

Así las cosas, el tercer cargo formulado tampoco puede prosperar, por lo que se concluye, que debe confirmarse, en todas sus partes, la sentencia de 10 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo.

3. Condena en costas - Segunda instancia.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas a la parte demandante y liquídense, de manera concentrada, por el juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

³⁸ Suponiendo que el período mencionado se haya laborado en jornadas de 4 horas, el tiempo laborado correspondería a 36 horas, es decir, un período que nunca superó la jornada laboral ordinaria, cumplida por demás en jornada diurna, sin lugar a recargo.

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el 10 de marzo de 2015, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C.G.P.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFIQUÉSE, COMUNIQUÉSE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 00152/2015

Los magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
(Con aclaración de voto)