

**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Ref. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 110013335-012-2018-00265-00

Bogotá D.C, 19 de mayo de 2020. En la fecha se informa que el proceso de la referencia tenía audiencia programada para juzgamiento. Que atendiendo las disposiciones contenidas en el artículo 5° del Acuerdo No. PCSJA20-11549 de 2020 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura¹, dentro de los medios de control que se encuentren en dicha etapa procesal, se debe proferir la respectiva Sentencia. En consecuencia, pasa al Despacho de la señora Juez, para lo de su cargo.



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

PROCESO:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN	No. 110013335-012-2018-00265-00
ACCIONANTE:	HAROLD VELÁSQUEZ SÁNCHEZ
ACCIONADA:	HOSPITAL MILITAR CENTRAL

Bogotá D.C. 19 de mayo de 2020

Procede el Despacho a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por **HAROLD VELÁSQUEZ SÁNCHEZ** en contra del **HOSPITAL MILITAR CENTRAL**.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

Solicita la parte actora se declare la nulidad del Oficio No. E-00004-2017009360 de 27 de noviembre de 2017, a través del cual se le negó el reconocimiento y pago de los salarios causados por trabajar en jornada nocturna y en días de descanso obligatorio. A título de restablecimiento del Derecho, se ordene el reconocimiento y pago de trabajo nocturno, dominicales y festivos; y la reliquidación de prestaciones sociales incluyendo estos emolumentos.

2. HECHOS

De la demanda se extraen los siguientes fundamentos fácticos:

- 2.1. El señor Velásquez labora en el Hospital Militar, en el cargo de AUXILIAR PARA APOYO DE LA SEGURIDAD Y DEFENSA 6-1 25, en la jornada de la tarde bajo la modalidad de turnos.
- 2.2. Con petición radicada el 19 de octubre de 2017, solicitó el reconocimiento y pago de los recargos nocturnos; la totalidad de salarios causados en su favor por trabajar domingos y festivos y la reliquidación de todas las prestaciones sociales desde el 1° de enero de 2013, teniendo como factor salarial el recargo nocturno y lo devengado por trabajo en dominicales y festivos.

¹ Acuerdos expedidos CSJ en pandemia Covid-19: PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532 y PCSJA20-11546 de 2020

2.3. Mediante Oficio No. E-00004-2017009360 de 27 de noviembre de 2017, fue resulta de manera negativa la solicitud del actor.

2.4. El 21 de febrero de 2018, radicó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 87 judicial I para asuntos administrativos, cuya audiencia se celebró el 16 de abril de 2018, sin llegar a ningún acuerdo.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Argumenta la accionada con la contestación de la demanda, que el demandante se encuentra cobijado por el régimen prestacional establecido en el Decreto 2701 de 1988, que señala expresamente los factores salariales para la liquidación de prestaciones sociales. Señala que la entidad efectuó el pago por concepto de recargos nocturnos, trabajo en días dominicales y festivos, de conformidad con lo establecido en los arts. 34 y 39 del Decreto 1042 de 1978, para los días en que el demandante efectivamente prestó el servicio. Precisa que en ocasiones no laboró por encontrarse en permiso sindical.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En diligencia celebrada el 05 de febrero de la corriente anualidad, se escucharon las alegaciones finales de las partes, argumentos que quedaron consignados en la videograbación anexa al expediente

5. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar i.) Si el reconocimiento y pago efectuado al actor por concepto de recargos nocturnos, trabajo en dominicales y festivos, se hizo en debida forma; ii.) si es procedente la reliquidación de todas las prestaciones sociales desde el 1º de enero de 2013 teniendo como factor salarial el recargo nocturno y lo devengado por trabajo en días domingos y festivos.

6. CONSIDERACIONES.

6.1 Del Régimen Establecido en el Decreto 2701 De 1988.

El decreto ley 2701 de 1.988, por el cual se reformó el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional, se limitó a señalar, respecto de la jornada de trabajo, que “los empleados públicos y trabajadores oficiales debían prestar sus servicios dentro de la jornada reglamentaria de la respectiva entidad” (art. 6°). Que la remuneración de unos y otros, se regía por las normas legales vigentes y los contratos de trabajo, respectivamente (art. 7°). Dicha regulación excluyó a este personal de la aplicación de las normas establecidas para los empleados públicos y trabajadores oficiales del mencionado Ministerio.

Por su parte, el decreto ley 1301 de 1.994, que le dio al Hospital Militar Central el carácter de Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, conservando su naturaleza de establecimiento del orden nacional, en el artículo 88 dispuso que los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras y subsidios se regirían por las normas legales que para esta clase de servidores estableciera el gobierno nacional. Este Decreto fue derogado expresamente por la ley 352 de 1.997, la cual reestructuró el sistema de Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Mediante decreto 02 de 1.998 se aprobó el acuerdo 06 de 1997, por el cual la Junta Directiva del Hospital Militar Central adoptó los estatutos de la entidad. El capítulo V, que regula el régimen de personal en las materias salarial y prestacional, reiteró la misma fórmula de las disposiciones anteriores, esto es, se confirió al gobierno nacional la atribución de expedir tal normatividad, en sus artículos 23 y 24 determinó:

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

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

Ahora bien, en relación con la jornada laboral, señaló el Consejo de Estado², debe aplicarse lo estatuido en el Decreto 1042 de 1978 normatividad que regula a los empleos del sector central y descentralizado del orden Nacional:

“Como se observa, el legislador en forma repetida facultó al gobierno nacional, para dictar disposiciones especiales relativas al régimen de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos de los servidores del Hospital Militar Central, reglamentación que hasta la fecha no se ha expedido

El derecho legislado constituye un sistema normativo que prevé su propia integración, de manera que a quien lo aplica o lo interpreta, no le es dable excusarse de dirimir el conflicto o de interpretar la norma frente a la situación concreta, pretextando ausencia de norma expresa. Sin embargo, este procedimiento de integración del derecho implica que la situación de hecho, no comprendida en norma expresa, sea en esencia igual a la razón de ser de la norma (ratio juris) que se aplica, para de esta manera hacer derivar, respecto de ella, los efectos de la hipótesis normativa. Así las cosas, mientras se expide por el gobierno nacional, el régimen especial en materia salarial para los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados al Hospital Militar - conforme al mandato del artículo 46 de la ley 352 de 1997-, debe acudir a la aplicación de las normas generales que regulan el asunto de la consulta, esto es, del decreto 1042 de 1.978, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 5ª de 1.978, aplicable a los empleos del sector central y descentralizado del orden nacional”

En este sentido, procede el Despacho a analizar la jornada de trabajo que señala el Decreto 1042 de 1978.

6.2 La Jornada Laboral Del Decreto 1042 De 1978

La jornada ordinaria de trabajo para los empleados públicos está definida por el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978, que estableció 44 horas semanales, en los siguientes términos:

² Sala de Consulta y Servicio Civil. 9 de marzo de 2000. Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce.

"Artículo 33. De la jornada de Trabajo. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas. Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras. El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras³."

Dentro de los límites fijados en el artículo, podrá el jefe del organismo establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con el tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras; hace la advertencia que el trabajo realizado el sábado, no da derecho a remuneración adicional, salvo que exceda la jornada máxima semanal, aplicándose lo dispuesto para las horas extras.

Por su parte la regla general para empleos de tiempo completo ordinario es de 44 horas semanales⁴ y por excepción la Ley 909 de 2004⁵, creó empleos de medio tiempo o de tiempo parcial.

La jornada laboral se encuentra íntimamente ligada al salario, así pues, éste puede tener variables según la naturaleza de las funciones y las condiciones en que se debe ejercer, se encuentra por ejemplo el trabajo nocturno comprendido entre las 6 p.m. y las 6 a.m, en vigencia de la norma 1042, que tiene una sobre remuneración del 35%, o el trabajo en dominicales y festivos, así como el ordinario o habitual y el ocasional, que tiene una regulación específica.

Frente al Recargo Diurno o Nocturno, el artículo 34 del Decreto No. 1042 de 1978, estipula que este debe reconocerse en cuantía igual al treinta y cinco por ciento (35%) sobre la asignación mensual para los empleados que trabajan ordinariamente en la jornada nocturna:

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 lo que dispongan normas especiales para quienes trabajan por el sistema de turnos, los empleados que ordinaria o permanentemente deban trabajar en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco 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.

En cuanto al Trabajo en Dominicales y festivos de conformidad con el decreto 1042 de 1978, los empleados públicos que 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 más el disfrute de un día de descanso

³ Modificado en lo pertinente por los Artículos 1º al 3º del Decreto 85 de 1986.

⁴ Decreto 1042 de 1978, artículo 33.

⁵ Artículo 22.

compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo:

“Artículo 39º.- 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.”

De las normas anteriores se infiere que la prestación del servicio realizado en los días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria, y que tiene un recargo propio y diferente del que las normas estipulan para el trabajo suplementario que se realiza en días hábiles. Así, cuando la norma define que el trabajo realizado en domingos y festivos se remunera con el equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, se debe entender que se remunera con un recargo del 100%.

El mismo artículo 39 señala que el trabajo ordinario en días dominicales y festivos corresponde a los empleados públicos que debido a su trabajo deban laborar habitual y permanentemente en tales días.

Para que se diga que existe una "habitualidad" en la prestación del servicio en 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 cuáles domingos y festivos del mes debe trabajar. En consecuencia, es necesario definir si el trabajo desarrollado por los demandantes en días dominicales y festivos es de naturaleza ordinaria, u ocasional.

6.3 CASO CONCRETO

6.3.1 Presupuestos fácticos

El señor HAROLD ARTURO VELÁSQUEZ SÁNCHEZ desempeña el cargo de auxiliar para apoyo de seguridad y defensa en el HOSPITAL MILITAR CENTRAL (vinculado al momento de la presentación de la demanda)

A través de derecho de petición el 19 de octubre de 2017 solicitó el reconocimiento y pago de recargos nocturnos, días de descanso compensatorio por el trabajo realizado en domingos y festivos; y la consecuente reliquidación de sus prestaciones sociales.

La entidad niega la solicitud a través del Oficio No. E-00004-2017009360 de 27 de noviembre de 2017 (fl.100)

6.3.2 Pruebas aportadas

Se anexa al expediente certificación de fecha 20 de noviembre de 2019 mediante la cual la entidad hace la relación de recargos nocturnos, dominicales y festivos, devengados y cancelados desde el 1º de enero de 2013 hasta el 30 de octubre de 2019 (folios 385 a 387),

RADICACIÓN
ACCIONANTE:
ACCIONADA:

No. 110013335-012-2018-00265-00
HAROLD VELÁSQUEZ SÁNCHEZ
HOSPITAL MILITAR CENTRAL

De igual forma se allegan constancias de los devengos y deducciones del accionante entre los años 2013 a 2016 (folios 35 a 82); programación de turnos de 2013 a 2019 (folios 388 a 461); valores devengados y cancelados por todo concepto, durante los años 2013 a 2019 (folios 464 a 470).

6.3.3 Del reconocimiento y pago de los recargos nocturnos y trabajo en días dominicales y festivos.

Obra en el expediente relación de los turnos trabajados por el demandante desde 2013 a 2019 (Fls. 388 y s.s.). Se allegó certificación de lo pagado por la entidad por esos conceptos (fls.385-387) documentos de los cuales se obtuvo la siguiente información:

La entidad accionada efectuó la liquidación de los emolumentos objeto de la Litis utilizando los siguientes parámetros:

“Que cuando se empieza el turno en domingo se cancelan 2.5 horas y terminando el turno en dominical se reconocen 6.5 horas; cuando el turno es de domingo a lunes festivo se cancelan 11:5 horas. Y en cada noche laborada se liquidan 10 horas de Recargo Nocturno.

Para recargos nocturnos

$$\frac{\text{Asignación básica Mensual} * 35\% * N^{\circ} \text{ de Horas Laboradas}}{240}$$

Para recargos dominicales y festivos

$$\frac{\text{Asignación básica Mensual} * 2 * N^{\circ} \text{ de Hora Laboradas}}{240}$$

Para horas extras diurnas

$$\frac{\text{Asignación básica Mensual} * 125\% * N^{\circ} \text{ de Horas Laboradas}}{240}$$

Para horas extras nocturnas

$$\frac{\text{Asignación básica Mensual} * 175\% * N^{\circ} \text{ de Horas Laboradas}}{240}$$

La parte demandante en el libelo introductorio señala que la accionada no le ha cancelado en debida forma los recargos nocturnos, dominicales y festivos a que tiene derecho. Ilustra por medio de unas tablas (folio 87), los turnos programados al señor Velásquez Sánchez. Argumenta, que no se canceló la totalidad de los recargos nocturnos, mostrando con un ejemplo que el recargo de que trata el art. 34 del decreto 1042 de 1978, debe corresponder al valor de una hora ordinaria incrementada en un 35% y no como erradamente lo hizo la entidad.

Este estrado judicial cotejó una a una las planillas de turnos allegados a folios 388 y s.s, con la certificación de devengos percibidos por concepto de recargos nocturnos visible a folio 385. En ellas se encontró que los turnos reportados efectivamente cancelados atendiendo los parámetros informados por la entidad y que a su vez están en concordancia con la normatividad que rige la materia.

A continuación, se hará una relación de los turnos laborados por el actor durante los meses de abril de 2016 (fl.426) y julio de 2017(fl.441), con el fin de hacer claridad sobre la forma en que se verificaron las planillas y el pago de los turnos allí consignados:

MES/AÑO	DÍAS CON TURNOS EN LA TARDE (13:30 a 20:00)	TOTAL DÍAS
Abril 2016	1;2;3;4;5;6;8;11;12;13;14;15;16;17;18;19;20;21;22;25;26;27;29;30	24
Julio 2017	1;2;3;5;6;7;10;11;12;14;15;16;17;18;19;24;25;26;28;29;30;31	22

AÑO	SALARIO BÁSICO
2016	\$1.189.181
2017	\$1.269.451

Como la jornada de la tarde del actor terminaba a la 8:00 p.m., quiere decir que en cada turno laboraba 2 horas a las cuales debió aplicársele el 35% correspondiente al recargo nocturno, para su liquidación y pago se utilizó la siguiente fórmula:

$$\frac{\text{Asignación básica Mensual} * 35\% * \text{N}^\circ \text{ de Horas Laboradas}}{240}$$

En el mes de **abril de 2016** se reportaron 24 turnos en la jornada de la tarde, esto corresponde a **48 horas** laboradas en tiempo nocturno, al reemplazar tenemos:

$$\frac{\$1.189.181 * 35\% * 48 \text{ horas}}{240} = \$83.243$$

Para **julio de 2017**, se acreditaron 22 turnos que equivalen a **44 horas** nocturnas:

$$\frac{\$1.269.451 * 35\% * 44 \text{ horas}}{240} = \$81.456$$

Así, folio 386 se observa que, para **mayo de 2016**⁶, al demandante le fueron reconocidas y pagadas 48 horas de trabajo nocturno por la suma de **\$83.243**. Al mismo folio vuelto, se tiene que para **agosto de 2017** le fue cancelada la suma de **\$81.456**, por concepto de 44 horas con recargo nocturno.

Por lo anterior, el Despacho no acoge el argumento de la parte actora, toda vez que la jornada laboral ordinaria del hoy demandante era de las 13:30 a las 20:00 horas, y si bien laboraba 2 horas de manera nocturna debe precisarse que las mismas ya estaban remuneradas en el sueldo del trabajador, en consecuencia, solo se le debía pagar el recargo nocturno equivalente al 35% de una hora ordinaria, tal como se constató que lo hizo la entidad.

De otro lado, en relación con el pago de dominicales y festivos, la parte actora se limita a afirmar, que los mismos no fueron debidamente reconocidos, sin exponer ningún fundamento jurídico o razón que soporte su aseveración, simplemente pone el siguiente ejemplo:

⁶ El pago de los recargos nocturnos, dominicales y festivos; se cancelan mes vencido. (fl.380)

RADICACIÓN No. 110013335-012-2018-00265-00
ACCIONANTE: HAROLD VELÁSQUEZ SÁNCHEZ
ACCIONADA: HOSPITAL MILITAR CENTRAL

Mes: marzo de 2016

Total días domingos y festivos trabajados: 4

Fecha en que se realiza el pago: abril de 2016

Salario mensual: \$1.189.181

Salario diario: 39.639

Salario por domingo o festivo trabajado: \$79.279

Salario total que debía recibir en este mes por este concepto: \$317.115

Valor pagado: \$257.656

Al folio 425 se encuentra la planilla correspondiente a marzo de 2016, donde se determina que el señor HAROLD VELÁSQUEZ, trabajó en ese mes los siguientes domingos y festivos:

MES	TURNO	DOMINICALES	FESTIVOS
Marzo 2016	TARDE 13:30 a 20:00	2	2

Debe tenerse en cuenta que como la jornada del accionante es de 6.5 horas; los cuatro días por trabajo dominical y festivo, corresponden entonces a 26 horas, que serán a las cuales se les aplicará la fórmula para determinar el correspondiente recargo.

Para ello se precisa que el salario básico del año 2016 era \$1.189.181 (fl.466 vto.).

Para recargos dominicales y festivos

$$\frac{\text{Asignación básica Mensual} * 2 * \text{N}^\circ \text{ de Hora Laboradas}}{240} = \frac{\$1.189.181 * 2 * 26}{240} = \$257.656$$

A folio 386 se observa que, para abril de 2016, al demandante le fueron reconocidas y pagadas 26 horas de trabajo “dominical y/o festivo” por la suma de \$256.656.

Así las cosas, del material probatorio allegado, se pudo establecer que la entidad reconoció y pagó en debida forma al actor el trabajo dominical y festivo, así como los recargos nocturnos, por tanto, no es procedente acceder a lo deprecado por él frente a estos emolumentos.

6.3.4 De la reliquidación de prestaciones sociales teniendo como factores los recargos nocturnos y el trabajo en días dominicales y festivos.

El precitado Decreto 2701 de 1988 que consagra el régimen prestacional especial bajo el cual se encuentra cobijado el señor Velásquez Sánchez, contempla expresamente los factores para tener en cuenta al liquidar prestaciones:

“Artículo 27. FACTORES SALARIALES PARA LIQUIDACIÓN DE VACACIONES Y PRIMA DE VACACIONES. (...) se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas:

- La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo.
- Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-ley 1042 de 1978 o disposiciones que lo modifiquen.

- c) *Los gastos de representación.*
- d) *Los auxilios de alimentación y de transporte.*
- e) *La prima de servicios.*
- f) *La bonificación por servicios prestados.*
- (...)

Artículo 29: FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDAR PRIMA DE NAVIDAD.

(...) se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

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

Artículo 53. FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDACIÓN DE CESANTÍA Y PENSIONES. (...) se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario.

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

Artículo 56. FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDAR PRIMA DE SERVICIO.

(...) se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

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

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 Estado⁷, 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.

“(...)”

⁷ H. Consejo de Estado. C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Rad No. 1122-2009 del 23 de septiembre de 2010.

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 Sala⁸ 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 2003⁹ 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 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 idem 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: Nestor 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).

De lo anterior se establece que a los empleados beneficiados con el régimen especial del Hospital Militar Central, contemplado en el decreto ley 2701 de 1988, se les debe liquidar la pensión, cesantías y demás prestaciones, con los factores taxativamente

⁸ Sent. del 3 de diciembre de 2009. Rad No. 250002325000200608447 01 (2303-2008). Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁹ Radicación número: 25000-23-25-000-1998-48231-01(1782-00). C.P. Tarcisio Cáceres Toro.

enunciados en los artículos transcritos, porque el régimen especiales contempla unas condiciones o requisitos más favorables que los establecidos en el régimen común para acceder a las prestaciones.

Al respecto también ha señalado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁰

“Sí 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, el hecho de que en el régimen general consagrado en el Decreto 1045 de 1978 se incluya los recargos nocturnos, dominicales y festivos en la liquidación de las cesantías, y en el régimen especial regulado en el Decreto 2701 de 1988 no, no quiere decir prima facie que se esté vulnerando el derecho a la igualdad o desconociendo el principio de favorabilidad o el de condición más beneficiosa del trabajador, tal y como lo estableció la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, toda vez que se trata de dos regímenes diferentes, que establecen requisitos distintos para el reconocimiento y pago de prestaciones en cuantías o condiciones también diversas, es decir, que los destinatarios de las dos normas no se encuentran en la misma situación de hecho ni de derecho.”

Bajo las anteriores consideraciones no es posible acceder a las pretensiones de incluir como factores los recargos nocturnos y el trabajo en días dominicales y festivos, para la liquidación de prestaciones, pues los mismos no se encuentran señalados en el régimen prestaciones del que goza el actor.

Corolario de lo anterior, como quiera que no se logró desvirtuar la legalidad del acto acusado, se denegaran las pretensiones incoadas.

7. CONDENA EN COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado¹¹, se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo. En el presente caso se condena a la parte actora a pagar por concepto de costas el equivalente al 10% del S.M.M.L.V., habida cuenta que la entidad tuvo que nombrar apoderado para que representara sus intereses lo que por obligación le generó gastos. Se tiene en cuenta la capacidad económica del demandante a fin de no desincentivar el acceso a la administración de justicia.

De otro lado, el Despacho dispone destinar el remanente de lo consignado para gastos del proceso a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para su funcionamiento.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

¹⁰ Sentencia de 22 de julio de 2016. Exp. 023-2012-00227-01. Magistrada Ponente Dra. Amparo Oviedo Pinto.

¹¹ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

RADICACIÓN
ACCIONANTE:
ACCIONADA:

No. 110013335-012-2018-00265-00
HAROLD VELÁSQUEZ SÁNCHEZ
HOSPITAL MILITAR CENTRAL

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva del fallo.

SEGUNDO. CONDENAR a la parte demandante a pagar por concepto de costas la suma del 10% del S.M.M.L.V al 2020

TERCERO: DESTINAR los remanentes de lo consignado para gastos del proceso al Consejo Superior de la Judicatura.

CUARTO: EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ