

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
SALA DE ORALIDAD
M.P. LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

Ibagué, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 73001-33-33-003-2016-00007-01
Demandante: Santiago Daniel Zambrano Ochoa
Apoderado: Camilo Iván Machado Rodríguez
Demandado: ESE Hospital Nuestra Señora del Carmen de Apicalá
Apoderado: Nancy Alexandra Vásquez Veloza
Tema: Horas extras y reliquidación de prestaciones por este concepto

ASUNTO

Decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 17 de agosto de 2018 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El señor Santiago Daniel Zambrano Ochoa¹, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formuló demanda contra el Hospital Nuestra Señora del Carmen ESE del Carmen de Apicalá, Tolima, en adelante solo Hospital Nuestra Señora del Carmen de Apicalá, para que se acojan las súplicas que en los apartados siguientes se precisan.

1.1.1. Pretensiones

- Principales:

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución 033 del 22 de enero de 2015, por la cual se liquida, reconoce y ordena el pago de unas prestaciones sociales.

Se declare la nulidad del acto ficto originado del recurso de reposición interpuesto contra la resolución anterior.

Consecuencialmente, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada reconocer y pagar *“primer mes de servicios prestados, esto es, el correspondiente al lapso comprendido entre el día 1º y el 31 de Julio de 2013”* (sic); *“todos los Domingos y Festivos que por requerimiento de la E.S.E., fueron laborados a lo largo del período durante el cual se extendió la relación laboral”* (sic); *“reajuste del 100% por los días Domingos y festivos efectivamente laborados”* (sic); *“valor de los compensatorios por la totalidad de dominicales y festivos trabajados”*

¹ A través de apoderado judicial

(sic); *“horas extras tanto diurnas como nocturnas, trabajadas tanto durante los días ordinarios de la semana como durante los días dominicales y festivos”* (sic); *“Reajustes de salarios, prestaciones sociales legales y extralegales teniendo en cuenta los anteriores conceptos, desde que se adeuda la obligación hasta el día de su pago”* (sic); reajuste de las *“Primas de Navidad y de Vacaciones, de Servicios y Cesantías”* (sic); *“reajuste de los aportes al sistema de seguridad social”* (sic); e indemnización moratoria *“de un día de salario por cada día de mora en el pago de los conceptos salariales y prestacionales adeudados”* (sic).

Además, pidió *“incremento en el IPC del salario y de las prestaciones sociales correspondientes al año 2014, toda vez que el salario mensual que se reconoció y canceló durante el año 2014 fue el mismo que se reconoció y canceló durante el año 2013”* (sic).

De otro lado, reclamó indexación de la condena y el pago de costas procesales.

- Subsidiarias:

Se ordene el pago de las sumas reconocidas en la Resolución 033 del 22 de enero de 2015, debidamente indexadas, más intereses moratorios causados desde la exigibilidad hasta el pago efectivo de aquellas.

También, que se ordene el pago de cesantías e indemnización moratoria por pago tardío de éstas.

1.1.2. Hechos

El escrito demandatorio refiere que el Hospital Nuestra Señora del Carmen de Apicalá nombró al señor Santiago Daniel Zambrano Ochoa, con vinculación de supernumerario, para ejercer como médico de servicio social obligatorio, con asignación mensual de \$2.500.000.

Indica que, a pesar de que el acto de vinculación prescribe que el nombramiento es a partir del 1 de agosto de 2013, lo cierto es que el señor Zambrano prestó sus servicios como médico en la entidad demandada desde el 9 de julio de igual año hasta el 31 de julio de 2014.

Manifiesta que el gerente de la accionada de manera verbal se comprometió con el aquí demandante a cancelar en agosto los días trabajados en julio, pero que esto nunca ocurrió, adeudándose a la fecha el salario y las prestaciones causadas desde el 9 hasta el 31 de julio de 2013.

Señala que, durante la ejecución del vínculo laboral, de manera mensual, el demandante sólo recibió el pago del sueldo correspondiente a la suma de \$2.500.000, pese a que, además, causaba horas extras y trabajo suplementario, por trabajar en cada turno más de las horas reglamentarias, y de hacerlo en jornadas nocturnas y en días festivos.

Agrega que tampoco le fueron reconocidos compensatorios por trabajar días de descanso, por lo que este concepto también se le adeuda.

Menciona que durante el año 2014 el galeno no recibió incremento salarial que por ley le correspondía, como quiera que siguió percibiendo la remuneración establecida para el año 2013.

Refiere que, al no reconocerse oportunamente el pago de horas extras trabajadas, ni de compensatorios por laborar días de descanso, procede a favor del demandante el reajuste de las demás contraprestaciones salariales y sociales liquidadas sin tener en cuenta el peso de tales conceptos.

1.1.2. Concepto de violación

Trajo como normas violadas los artículos 25, 53, 129 y 209 de la Constitución Política; 195 de la Ley 100 de 1993; 30 de la Ley 10 de 1990, 33 y 40 del Decreto 1042 de 1978; 1 del Decreto 1582 de 1998; 13 de la Ley 344 de 1996; 21 y 23 del Decreto 1063 de 1961; 99 de la Ley 50 de 1990; y, 1 y 2 de la Ley 244 de 1995.

Por concepto de violación, señaló que la jornada legal máxima de los servidores públicos es de 44 horas, por lo que, cuando al servidor se le obliga a realizar una jornada superior que implique trabajar horas extras, domingos y festivos, sin su respectivo reconocimiento y pago, vulnera su derecho a una retribución justa.

Menciona que lo anterior *per se* afecta la reliquidación de las demás contraprestaciones, establecidas sin tener en cuenta el peso de tales emolumentos.

Además, colige que el pago tardío de prestaciones sociales da lugar al reconocimiento de indemnización moratoria consistente en un día de salario por cada día de retardo.

1.2. Contestación de la demanda

Según constancia secretarial obrante a folio 104 del expediente, se tiene que la contestación a la demanda fue extemporánea.

1.3. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida el 17 de agosto de 2018, sobre el asunto de que trata este proceso, resolvió:

“PRIMERO.- DECLÁRESE la existencia del silencio administrativo negativo presunto respecto al recurso de reposición interpuesto en fecha 16 de febrero de 2015 por el demandante en contra de lo dispuesto en la Resolución No. 033 del 22 de enero de 2015, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO.- DECLÁRESE la nulidad parcial de la Resolución No 033 del 22 de enero de 2015 así como del acto administrativo negativo presunto respecto al recurso de reposición incoado en contra de aquella por parte del demandante, señor SANTIAGO DAVID ZAMBRANO OCHOA ante el Hospital Nuestra Señora del Carmen E.S.E. del Municipio de Carmen de Apicalá, en data 16 de febrero de 2015, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho, CONDÉNASE al demandado HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN E.S.E del Municipio de Carmen de Apicalá, a reconocer y pagar al demandante, señor SANTIAGO DAVID ZAMBRANO OCHOA, los valores correspondientes a la liquidación de horas extras (diurnas y nocturnas) laboradas en días ordinarios, así como en los dominicales y festivos de acuerdo con los turnos realizados por aquel, conforme consta en los cuadros de turnos aportados al proceso por la demandada, además de los recargos propios por laborar en horas

nocturnas y de la remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, desde el 1° de agosto de 2013 hasta el 31 de julio de 2014, a que tenga derecho el demandante en razón a las horas laboradas demás sobre la jornada máxima legal correspondiente a 44 horas semanales, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

El número total de horas extras a reconocer y pagar no podrán exceder el límite legal de 50 horas mensuales.

El valor de las horas extras y demás recargo se determinará conforme a la fórmula que se expuso en la parte considerativa.

El valor de las horas extras y demás recargos causados en el año 2014, se calcularán teniendo en cuenta el salario devengado en el año 2013, incrementado de acuerdo al índice de precios al consumidor IPC, certificado por el DANE para el año 2013.

Los factores reconocidos se deberán tener en cuenta para efectos de liquidación de cesantías y de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

CUARTO.- AUTORIZAR a la parte demandada para que de los valores a cancelar por concepto de horas extras adeudadas, descuente la suma cancelada al demandante en el mes de julio de 2014, conforme se expuso en la parte motiva esta providencia.

QUINTO.- ABSTENERSE de pronunciarse respecto a la solicitud de reconocimiento y pago de los emolumentos causados en el periodo presuntamente laborado por el demandante entre el 1° y el 31 de julio de 2013

SEXTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO.- Las sumas que resulten a favor de la parte actora, se deberán actualizar de acuerdo a la fórmula consignada en parte considerativa de esta providencia.

OCTAVO.- A la presente sentencia se le dará cumplimiento de los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

NOVENO.- Abstenerse de condenar en costas en ésta instancia a la demandada, por haber prosperado parcialmente las pretensiones de la demanda.” (Negrilla y mayúsculas del texto original)

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

El a quo mencionó que el actor, al no desempeñar uno de aquellos empleos cuyas actividades pueden ser catalogadas como discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, se encuentra sujeto a la norma general que establece la jornada laboral en 44 horas semanales; por lo que, acreditado que superó considerablemente la jornada reglamentaria, le asiste derecho al pago de horas extras liquidadas según la jornada en que se trabajaron, sin que se exceda de 50 horas por mes. Agregó que no habría lugar al pago de compensatorios, puesto que se probó que se concedieron los correspondientes días de descanso.

Expreso que, como quiera que a través de la Resolución 182 del 1 de julio de 2014 se concedió al demandante descanso remunerado desde el 2 hasta el 31 de julio de 2014, este valor debe ser imputado a lo que la accionada adeuda por horas extras.

Dijo que los emolumentos reconocidos por horas extras y trabajo suplementario no son computables para la liquidación de prestaciones sociales como las primas de vacaciones y de navidad, pero que sí están contempladas para determinar el valor de las cesantías y de las cotizaciones al sistema general de seguridad social, por tal razón, reconocería el reajuste sólo de estas últimas, con base en el valor que resulten por tales conceptos.

Manifestó que también era viable el incremento salarial del año 2014, teniendo en cuenta el IPC del año 2013, por tratarse de una prerrogativa de rango constitucional que garantiza el derecho a mantener la capacidad adquisitiva del salario.

Expresó que no accedería al *petitorio* relacionado con el pago de salarios y prestaciones sociales por tiempos de servicios anteriores al 1 de agosto de 2013, por cuanto, los actos de nombramiento y posesión claramente determinaron que el tiempo de vinculación data de aquella fecha; además, porque el actor no elevó reclamación en sede administrativa para obtener el reconocimiento de una relación laboral al margen de la legal y reglamentaria probada en el proceso.

Mencionó que tampoco reconocería sanción moratoria por pago tardío de la liquidación laboral por falta de regulación legal frente al particular, pues, en su criterio, lo dispuesto en el artículo 65 del CST no aplica respecto a empleados públicos.

1.4. La apelación

El apoderado de **la parte actora** interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, sustentado en las razones que pasan a exponerse:

El primer cargo refiere básicamente que el actor durante el tiempo que trabajó para la entidad demandada lo hizo de forma ininterrumpida durante todos los días de la semana, incluidos sábados, domingos y festivos, ya que los días de disponibilidad, que el *a quo* tomó como días de descanso, también fueron laborales, precisamente porque debía estar disponible en caso de requerirse sus servicios, así que no pueden tenerse como días de descanso compensatorio. Además, reseña que los días libres remunerados otorgados durante el mes de julio de 2014 lo que en realidad indemnizaron fue el pago de unas horas extras laboradas y no remuneradas económicamente, por lo que no tiene la virtualidad de compensar días de descanso no reconocidos durante el vínculo laboral. Los argumentos expuestos frente al cargo en cita son los siguientes:

“(…) es irrefutable nuestro argumento si se tiene en cuenta que en momento alguno hemos afirmado en la demanda que la administración de la ESE accionada no hubiera tenido la intención de reconocer el servicio prestado en horas extras, lo que hemos afirmado es que ese reconocimiento es insuficiente en la medida en que no tome en cuenta la totalidad de las horas extras efectivamente laboradas ni mucho menos reconoce la cancelación de los diferentes recargos que es necesario cuantificar dependiendo de si la labor se prestó en jornada diurna o nocturna y asimismo si la tarea se verificó en días dominicales y festivos o en días ordinarios de labor.

(…)

La expresión empleada por el señor Gerente de la ESE al indicar que la labor desarrollada por el Médico lo fue en forma **ININTERRUMPIDA** tiene su propio peso específico en tanto con ella está significando que, como ya lo hemos expuesto, la actividad que desarrolló el Médico SANTIAGO DANIEL ZAMBRANO OCHOA, por las propias circunstancias del servicio se dio durante todos los días de la semana, de día y de noche, incluyendo sábados domingos y festivos, los 30 días del mes (...) Luego como se puede concebir que había espacio para los compensatorios a los que alude la sentencia impugnada, cuando los tres Médicos estaban trabajando al mismo tiempo, el uno atendiendo Consultas, el otro atendiendo Urgencias, y el otro supuestamente en Disponibilidad, que física y realmente implicó siempre la prestación de servicios profesionales en tales jornadas de supuesta disponibilidad.

(...)

Es decir, que el año rural, o los trece (13) meses que duró, lo vivió mi cliente -y sus compañeros de servicio- en función única y exclusivamente del Hospital, sin poder ir a su Casa, sino que eran sus respectivas familias las que se desplazaban hacia el Carmen de Apicalá para visitarlos y enterarse de su salud y sus condiciones de trabajo.

(...)

El mismo GERENTE reconoce que lo apropiado y lo que legalmente se impone es la cancelación en DINERO del trabajo adicional, suplementario o de horas extras, efectivamente elaborados por el accionante, tan sólo que advierte que NO LE ES POSIBLE HACER ESE RECONOCIMIENTO EN DINERO EN VIRTUD DE LA MALA SITUACIÓN ECONÓMICA, FINANCIERA Y CONTABLE POR LA CUAL ATRAVIESA LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO.

Bajo los anteriores presupuestos el gerente resuelve unilateralmente, ordenarle a mi cliente que se tome, dice, UN MERECIDO DESCANSO, del 2 al 31 de julio de 2014, con lo cual entiende que se compensan 184 horas.

Lo primero que se observa es que la decisión no fue acordada con mi cliente, al punto que ya entrando el mes de julio del 2014, tuvo que ser citado a la Gerencia del Hospital para ser notificado de la expedición de dicho acto administrativo.

En segundo lugar, se están compensando horas extras, 184 horas, es decir, que no se han tocado los días COMPENSATORIOS, que se le adeudan por la totalidad de los días SÁBADOS, DOMINGOS Y FESTIVOS LABORADOS, que por lo menos serán ocho (8) al mes, en jornada tanto diurna como nocturnas.

(...)

De manera tal que como se tiene plenamente demostrado dentro del proceso, y no sólo no lo ha refutado la parte accionada sino que aportó prueba documental para la que se acredita, que el demandante, al igual que los otros compañeros de año rural, cuando estaban en disponibilidad no podían alejarse del Hospital ni mucho menos irse para sus casas, que entre otras cosas los tres, y para el caso de la accionante así aparece constancia la respectiva Hoja de Vida que reposa en la entidad, eran oriundo de la ciudad de Bogotá, no podían desplazarse a su ciudad de origen, ni tomar para ningún otro lado, salvo que de manera previa si lo hubiera autorizado el Gerente de la ESE HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN DE APICALÁ.

Es decir, que la disponibilidad no era apenas formal ni de solo nombre, (...), el accionante y sus compañeros de año rural, como iban a descansar unas pocas horas y a bañarse en una casa que distaba a dos casas del Hospital, cada vez que se les requería, que fue siempre una o varias veces durante el turno disponibilidad, viene una enfermera o cualquier otro empleado del Centro Hospitalario (...) se desplazaba hasta el sitio en el que se encontraban para avisarles que se le requería inmediatamente en el hospital.

*Luego, contar, como lo hace el A Quo, los turnos de Disponibilidad como de descanso compensatorio no pasa de ser una ilusión sin prueba dentro del consecutivo que así refuerce o respalde esa idea, Sino que además contradice la propia posición no sólo el señor Gerente del Hospital que sin ambages reconoció que en esos días se había prestado servicios por un número muy superior del que fue reconocido en el salario mensual, sino que era también mucho más alto que el que se pudo reconocer – sin pagar en ningún momento – por medio del acto administrativo que en este proceso es pasible de revisión de su legalidad, a lo que se añade que ese mismo señor Gerente reconoció, como ya se vio que apenas estaba en condiciones de reconocer y ordenar pagar **“parte”** de lo de dado, con lo que se infiere que lo que se reconoció los aludidos actos administrativos de liquidación de prestaciones y en el que se reconoció un **“merecido descanso”** (...) a la accionante no pretendieron ponerse al día en la satisfacción de las acreencias surgidas en favor del Médico demandante (...)” (sic)*

El segundo cargo es por los emolumentos salariales y prestacionales no reconocidos al demandante entre el 9 y el 31 de julio de 2013 que, a su juicio, deben cancelarse en retribución por sus servicios, aún si se establece que durante este tiempo estuvo en inducción. También acusa de improcedente que el juez haya dejado de resolver este punto por falta de reclamación administrativa cuando se cumplió con esta exigencia, como se tiene del recurso de reposición contra el acto demandado, en el que se solicita el pago de un mes de salario adeudado, solo que por desconocimiento se indica que se trata de agosto de 2013 cuando en realidad correspondía a julio de igual año, lo cual se subsana en el escrito de demanda. Veamos la sustentación del citado cargo:

“Este hecho lo admite la apoderada de la ESE accionada, tan solo que considera que por el lapso comprendido entre el día 9 de Julio y hasta el 31 de Julio de 2013, el accionante estuvo en proceso de inducción y que por esa razón no se le canceló ningún valor.

Al respecto lo que está probado dentro del proceso es que el supuesto hecho de la inducción es un invento de la apoderada de la entidad accionada, en primer lugar, porque no es cierto que ni respecto del Médico SANTIAGO DANIEL ZAMBRANO OCHOA, se hubiera llevado a cabo proceso de inducción de ninguna especie, sino porque el mismo no existe y no se tiene implementado respecto de absolutamente ningún otro funcionario al servicio de la ESE. Es más, nunca en dicho establecimiento público, se ha verificado un proceso de inducción de ninguna naturaleza, respecto de ningún Médico ni al comienzo ni en ninguna otra época de su año rural.

Ahora que, en todo caso, es absurdo que se pretenda que de haber existido dicho proceso de inducción, por el lapso en cuestión, los servicios profesionales del Médico en año de Servicio Obligatorio sean gratuitos, eso sería una forma de abuso que se habría entronizado en la entidad pública accionada, y que, más aún, sería desde todo punto de vista condenable y completamente inadmisibile.

Al final de cuentas el argumento de la entidad accionada tan solo se queda en su mera enunciación, pues no se aportó el acto de nombramiento en período de inducción, no se dijo a cargo de qué Profesional de la Salud o de qué persona estuvo la responsabilidad de impartir esa inducción, ni en qué consistía la misma, ni mucho menos se hizo la más mínima referencia a los protocolos con base en los cuales se agotaba dicho proceso.

Con lo cual el HECHO de la demanda se encuentra válidamente acreditado. La funcionaria A Quo, en frente de esta pretensión hizo lo único que no podía hacer como fue haberse abstenido de pronunciarse, cuando lo que se le impone al Juez, es resolver, en el sentido que sea, en sentido positivo o negativo, pero no dejando de fallar, ya que eso, más aún, constituye falta grave que hace que el funcionario judicial incurra en responsabilidad. Al respecto, vale la pena recordar lo normado por el artículo 48 de la ley 153 de 1887, incorporada al Código Civil, estatuto que los abogados debemos saludar con mucha mayor frecuencia, y no solo durante los estudios de la carrera, (...)

De otro lado, en lo que tiene que ver con la supuesta confusión a la que alude la señora Juez en el fallo de instancia, en el sentido de que en el Recurso de Reposición que se interpuso en el trámite administrativo no se reclamó el mes de JULIO DE 2013 sino el mes de AGOSTO de esa misma calenda, tiene una explicación perfectamente clara, y no es otra distinta a que para entonces, el Médico SANTIAGO D. ZAMBRANO OCHOA, al incoar el referido recurso horizontal tenía la convicción de que el primer mes que había laborado le había sido pagado con el primer pago que se le hizo, que entre otras cosas, como todos los meses de salario se cancelaron siempre con retraso de varias semanas hasta de meses, fue por lo que inicialmente creyó de buena fe que como el Gerente se había comprometido a pagarle con por nómina el mes de julio, que fue el primer mes laborado, pensó que el primer pago que se le había hecho había sido para retribuir dicho lapso de labores subordinadas y en condición de dependencia como los otros doce meses por los que se extendió en la práctica el referido año de servicio social obligatorio.

*Más aún, el propio Código Civil -art. 1654- autoriza al acreedor a imputar el pago de las obligaciones adeudadas por el deudor, a su elección, a las más antiguas o a cualquiera de las más antiguas, con lo que desahoga el fallo si de cuenta propia cree haber encontrado el argumento para dejar de pronunciarse y emitir entonces **un fallo non liquet** respecto de la pretensión que se comenta.*

De ninguna manera queda en manos del deudor el indicar cuál o cuáles, de todas las obligaciones en las que está en mora, es la que está cancelando cuando hace pagos parciales, ese derecho se lo reconoce el ordenamiento únicamente al acreedor, ahora que mucho menos queda en manos del obligado esa opción cuando el deudor es el patrono en el marco de las relaciones de trabajo, en el que la parte débil es el trabajador, que es quien por mandato constitucional debe gozar de un plus adicional de protección no solo por parte de la Ley sino por parte de quienes se encuentran ejercitando la labor encomiable de aplicarla al administrar justicia.

El salario que por derecho y porque se lo había ganado trabajando jornadas exigentes de suma responsabilidad personal y profesional no puede ser escamoteado con razonamientos deleznales, la pregunta que se hace y que se debe hacer cualquier sujeto al que le corresponda escrutar desde fuera, de forma objetiva, el desenvolvimiento de la relación de trabajo es si el servicio se prestó o no se prestó, si se prestó, por encima y más allá de

consideraciones con las que se quiera favorecer la posición indefendible de la parte fuerte de la ecuación, la conclusión necesaria y que se corresponde con el derecho natural y con el positivo, es que necesariamente esa labor no compensada dinerariamente debe serlo cuanto antes sea posible, y que la demora en la toma de esa determinación constituye una injusticia que a toda costa debe ser corregida.

El accionante era entonces y lo es aún hoy en día un profesional recién graduado que para poder obtener su Licencia como Médico debió prestar el año de servicio Social obligatorio lejos de su casa, como ocurre con todos los Médicos recién graduados, y para poder atender ese servicio con decoro debió pagar arriendo, servicios públicos, contratar los servicios de una persona que se encargara del lavado y planchado de la ropa, del aseo de la habitación, debió pagar su propia manutención, sus desplazamientos a donde debiera movilizarse, contar con un mínimo de dinero para atender sus necesidades más elementales, como tomar una gaseosa, pedir un café, viajar una vez cada mes o cada dos meses, cuando el Gerente lo autorizaba, a la ciudad de Bogotá a encontrarse con los suyos, y todo eso implicaba asumir gastos.

Como para que ahora se diga, como lo hace el fallo recurrido, que ese primer mes no lo reconoce, o peor, que se abstiene de pronunciarse. Por esto último empieza a denotarse la sin razón de la decisión.” (sic)

El tercer cargo corresponde a la reliquidación de la totalidad de las prestaciones sociales teniendo en cuenta el salario que realmente debió devengar el demandante por horas extras y trabajo suplementario. En otros términos, el recurrente entiende que como las horas extras laboradas fueron incluso superior al doble de la jornada legal reglamentaria, al demandante se le debió pagar en la misma proporción el salario, es decir, dos veces el valor de la asignación básica inicialmente estipulada, y acorde a esta suma liquidar sus prestaciones sociales. La sustentación de esta imputación:

“(…) el valor hora que se debió haber tenido en cuenta para liquidarlos - salarios tanto como prestaciones-, partió de tomar como base para su cálculo, el salario formalmente estipulado en el acto de nombramiento, mas no del valor real del salario que es el que se corresponde con el verdadero precio de los servicios prestados subordinadamente por el trabajador, que al distar en más del 50% del salario pactado debió necesariamente conllevar a que en aplicación del principio de realidad, con vigencia y actualidad más que nunca en el campo de las relaciones laborales que se establecen con el Estado, a que por propia iniciativa del ente patronal se llevara a cabo una liquidación con el salario más próximo al real y no con el que de antemano se sabía que era ficticio, ínfimo, no real ni serio.

SISTEMA DE TURNOS. *El sistema de jornada de trabajo que se aplicaba en el Hospital Nuestra Señora del Carmen E.S.E., era el de rotación de turnos de 12 horas, por ser un servicio de salud que se presta las 24 horas del día, por lo cual era absolutamente corriente que se exigiera al personal Médico que atendiera turnos de 24 horas continuas y más, como se acreditó con el material documental allegado al consecutivo. Esta asistencia implica que de manera habitual se debió laborar durante todos los días dominicales y festivos, y en horas extras en Jornadas tanto nocturnas como diurnas.*

La entidad reconoció la materialidad del hecho como cierto por conducto de su apoderada, tan solo que señala que se establecieron servicios los DOMINGOS Y FESTIVOS, todos los del mes, pero que se reconocieron DÍAS

compensatorios en la Resolución 182 de 2014 y que se pagó el TRABAJO ADICIONAL CON RECARGO en la Resolución 033 de 2015.

Evidentemente, se equivoca en su respuesta la apoderada de la entidad, no solo por lo que pasa a explicarse a continuación:

1. Lo primero, del texto de la Resolución 182 se constata que no se reconocen DÍAS COMPENSATORIOS, sino HORAS ADICIONALES por eso se habla en el texto de la misma de que se reconocen 184 HORAS.
2. Esas 184 HORAS se reconocen con el mismo valor del salario mensual inicial, esto es, sin NINGÚN TIPO DE RECARGO, NI POR JORNADA NOCTURNA NI POR DOMINICALES NI POR FESTIVOS.
3. ES FALSO, y al texto de la Resolución 033 de 2015 nos remitimos, que se hubiera reconocido trabajo ADICIONAL DE HORAS EXTRAS CON RECARGOS. La Resolución 033 reconoce HORAS EXTRAS SIN NINGÚN TIPO DE RECARGO, es decir que no toma en cuenta ni el servicio prestado en la jornada nocturna ni en dominicales ni en festivos.
4. Por otra parte, la RESOLUCIÓN 033 DE 2015 reconoce una obligación en favor de mi poderdante por un monto de \$13.853.280 por concepto de TRABAJO ADICIONAL **-SIN RECARGOS-**, y un **TOTAL** adeudado, incluyendo prestaciones sociales deficitariamente calculadas, por valor de \$17.811.613, **que nunca se pagó efectivamente no obstante los requerimientos tanto de mi cliente como de su apoderado para que se consignara ese valor en la cuenta de ahorros de BANCOLOMBIA que desde la época de su vinculación a la ESE se le exigió a mi cliente que debía aperturar para que en esa cuenta se le hiciera la consignación de su salario mensual**, la cual, por cierto y en prueba de su disponibilidad a recibir mi mandante ha mantenido abierta hasta la actualidad. Luego tampoco podrá argüir, en un momento dado, la Gerente de la ESE que no se hizo el pago en efectivo porque no se tenía la disponibilidad de la cuenta.

En prueba de que NUNCA se pretendió reconocer absolutamente NINGÚN RECARGO por concepto de trabajo suplementario efectivamente laborado por mi poderdante, la propia entidad accionada atendiendo un medio de prueba deprecado por esta parte demandante, que el Despacho de la señora Juez de conocimiento decretó en el escenario de la AUDIENCIA INICIAL, obra la CERTIFICACIÓN que suscribe la actual GERENTE de la ESE señora CLAUDIA JULIETA CIRO CASTRO, (...)

Entendemos que los cambios constantes de administración y de personal no le permiten a la actual GERENTE de la ESE saber a ciencia cierta y con seguridad que fue lo que hicieron pasadas administraciones en relación con la supuesta liquidación del trabajo suplementario que se le quiso reconocer a mi poderdante, lo cual no es óbice para que con base en la propia prueba documental allegada a la foliatura por la actual señora GERENTE de la ESE, y que esta parte demandante peticionó en varias oportunidades y que sólo ahora se viene a conocer, mediada por supuesto con las interpretaciones de la actual apoderada de la entidad, es posible extractar posibles extractar los siguientes HECHOS que, se reitera, con ese material acreditativo quedan debidamente fijados en el consecutivo, a saber:

1. El primer hecho que se constata es que la GERENTE de la entidad da por hecho que se trabajan los 30 días del mes, por eso es que le parece lo más elemental que si se pagan los días domingos y los festivos, según sus cuentas, que los mismos deban ser trabajados efectivamente por los empleados de la ESE. Esa interpretación le va a traer muchísimos dolores de cabeza si no la revisa a tiempo.

2. *Toma una jornada laboral de 8 horas diarias los 30 días del mes, incluyendo Domingos y Festivos, para obtener el valor hora que se debe reconocer por concepto de trabajo adicional o suplementario. Lo cual constituye un grave error, porque como ya lo ha dilucidado con suficiencia la jurisprudencia del Consejo de Estado, la jornada máxima laboral a la semana en ningún caso puede superar las 44 horas ni mensualmente puede ser superior a 176 horas, todo lo que de ahí en adelante se trabaje constituye HORAS EXTRAS que deben liquidarse tomando en cuenta el salario devengado, que se divide por 176, y de ahí si es que se obtiene el valor hora ordinario que se le está cancelando al trabajador, ese valor tan solo sirve para pagar las horas extras que se laboren en jornada diurna en días distintos a dominicales y festivos, puesto que lo que pase de las 06:00 p.m. en días comunes, y en dominicales y festivos tiene unos recargos adicionales, por lo que se desglosa la jornada nocturna de un día común de la jornada nocturna de un día dominical o festivo. Por supuesto que el dominical o festivo cuenta con el recargo adicional que es propio de ese día, como es salario triple más día de descanso compensatorio.*

En efecto, en sentencia del 18 de mayo del 2011 el Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, en una demanda en la que era parte demandada el HOSPITAL GENERAL DE MEDELLÍN, (...)

El pronunciamiento del más alto Juez en lo contencioso administrativo coincide plenamente con lo argumentado por esta parte demandante.

En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que todos los valores adeudados deben reconocerse en sumas líquidas de dinero toda vez que no es posible conceder días de descanso compensatorio por haberse desvinculado el accionante de la entidad accionada desde el día 31 de julio de 2014, al vencimiento del año de servicio social obligatorio.

Con lo cual, si por las potísimas razones que se han expuesto, la jornada de trabajo realmente cumplida supera mucho más del doble la jornada laboral máxima legal mensual, que como se acabó de ver, para el consejo de Estado es de 176 horas al mes, quiere ello significar que la liquidación de la totalidad de las prestaciones sociales fue deficitaria en más de la mitad, con lo que se impone ordenar que sean nuevamente calculadas con el valor real del salario real que se debió haber devengado y que está en mora de ser pagado.

No es como lo entendió la Jueza de instancia que las horas extras no constituye factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, lo cual es una obviedad a medias, sino que las prestaciones sociales se liquidan con el valor del salario pactado cuando la jornada de trabajo que se debe ejecutar es la máxima de ley. Pero que si la jornada laboral se extendió por mucho más allá del doble de la máxima legal semanal y mensual, lo que hay que entender es que el salario mensual real es de más del doble, según corresponda, atendida la verdadera jornada laboral desempeñada por el jornalero, con lo que en derecho las prestaciones sociales deben ser liquidadas tomando como base el valor real del salario y el formal por ser este último apenas aparente y ficticio, como los propios Gerentes de la ESE HOSPITAL no han dudado en admitirlo.

(...)”

El cuarto cargo se sustenta en el reconocimiento de sanción moratoria por pago de cesantías en un valor inferior al que se debió reconocer por tal concepto. Las deferencias en que se soporta la disconformidad:

“4. Reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de mora en el pago de los conceptos salariales y prestacionales adeudados. Si bien es cierto que esta pretensión fue negada bajo el argumento consistente en que la sanción a la que se aspira es propia del derecho privado, pasa por alto el Juzgador que una de las prestaciones sociales que en el libelo demandatorio se adujo que fue deficientemente liquidada fueron las CESANTÍAS, y al respecto no cabe la más mínima duda en cuanto a que la jurisprudencia unánime de las Altas Cortes de cierre nacionales viene reconociendo el derecho de la totalidad de los funcionarios del sector oficial, al reconocimiento y pago de la referida “sanción moratoria”.

Más aún, la propia sentencia me da la razón en la medida en que en la parte resolutive del fallo ordena la reliquidación de las cesantías.

De manera tal que no habiendo margen de duda respecto de que las CESANTÍAS son una típica prestación social y que por mandato de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, procede el reconocimiento del emolumento echado de menos siempre que el patrono no cubra a cabalidad la cancelación de las CESANTÍAS a las que el trabajador tiene derecho tomando al efecto el valor real del salario. procede, de eso no hay duda, la condena al pago de la ameritada **“sanción moratoria”**.

Pues no solo las primas de NAVIDAD y de SERVICIOS, sino que tampoco las VACACIONES y menos y más grave aún las CESANTÍAS se liquidaron sino de forma deliberadamente deficitaria puesto que esta liquidación se hizo a ciencia y paciencia de la forma como se estaba procediendo, esto es, con conocimiento de causa, pues sabiendo que se adeudaba realmente una suma muy superior, inclusive, a más del doble del salario mensual devengado como básico, por concepto de horas extras, y por trabajo realizado en forma permanente en DIAS DOMINGOS Y FERIADOS, lo primero era establecer el INGRESO BASE REAL y hecho esto si proceder a liquidar las prestaciones sociales.

Se adeuda, consiguientemente, el pago de un día de salario por cada día de mora -sanción moratoria por concepto de cesantías que deficitariamente se consignaron, a sabiendas de que el valor consignado era inferior en más del 50% del que legalmente correspondía- toda vez que el reconocimiento económico que hace el señor Gerente de la ESE HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN, por medio de la Resolución N° 033 del 22 de enero de 2015, necesariamente implica que mes a mes durante el lapso de vigencia de la relación laboral, se le estuvo cancelando al accionante un valor inferior en un 50% aproximadamente al valor real que se le debió haber reconocido y pagado mensualmente, por concepto de remuneración laboral, toda vez que si el salario devengado era de DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MENSUALES, y unilateralmente el Gerente de la ESE HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN reconoce que por el lapso laborado adeuda una suma del orden de los DIECIOCHO MILLONES DE PESOS 118.000.000.00) aprox., quiere ello decir que lo dejado de pagar mensualmente era de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS (\$1.500.000.00), LO QUE EQUIVALE UN VALOR SUPERIOR AL 50% del salario mensual que efectivamente se le reconoció y canceló mensualmente.

(...)

*Los anteriores planteamientos jurisprudenciales avalan completamente nuestra pretensión consistente en que se debe condenar a la entidad accionada al pago de un día de salario por cada día de mora **-sanción moratoria por concepto de cesantías que deficitariamente se consignaron, a sabiendas de que el valor consignado era inferior en más del 50% del que legalmente correspondía-** toda vez que el reconocimiento económico que hace el señor Gerente de la ESE HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN, por medio de la Resolución N° 033 del 22 de enero de 2015, necesariamente implica que mes a mes durante el lapso de vigencia de la relación laboral, se le estuvo cancelando al accionante un valor inferior en un 50% aproximadamente al valor real que se le debió haber reconocido y pagado mensualmente, por concepto de remuneración laboral, toda vez que si el salario devengado era de DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MENSUALES. v unilateralmente el Gerente de la ESE HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN reconoce que por el lapso laborado adeuda una suma del orden de los DIECIOCHO MILLONES DE PESOS (\$18.000.000.00) aprox., quiere ello decir que lo dejado de pagar mensualmente era de UN MILLON QUINIENTOS MIL PESOS (\$1.500.000.00), lo que equivale a un valor superior al 50% del salario mensual que efectivamente se le reconoció y canceló mensualmente.”*

El quinto y último cargo es por la condena en costas, por cuando no se reconocieron pese a que la accionada resultó vencida en juicio.

1.5. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

Las partes reiteraron argumentos expuestos en intervenciones anteriores.

El **Ministerio Público**, guardó silencio.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Saneamiento

No se observa causal que invalide la actuación hasta ahora surtida.

2.2. Competencia y procedibilidad del recurso de apelación

Le asiste competencia al Tribunal, para resolver el recurso de apelación interpuesto, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

Asimismo, esta Sala se ceñirá a lo preceptuado en el artículo 328 del Código General del Proceso, por remisión del artículo 306 del CPACA, en cuanto a que se hará pronunciamiento únicamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin dejar de lado las decisiones que se deban adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Acorde con lo señalado en el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, son apelables las sentencias de primera instancia, circunstancia que es la que se avizora en el presente caso.

2.3. Problema jurídico

En atención a lo expuesto, corresponde a la Sala determinar si el fallo de primera instancia se ajusta a derecho, o si, por el contrario, como lo indicó la parte recurrente, desacierta al acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda,

en cuanto negó el pago de compensatorios; salarios y prestaciones fuera del extremo temporal de la relación laboral; el reajuste de contraprestaciones por el reconocimiento de horas extras; el pago de sanción moratoria por pago tardío de la cesantías; y costas procesales.

2.4. Análisis de la Sala

2.4.1. De la prestación del servicio social obligatorio

La Ley 50 de 1981 crea el Servicio Social Obligatorio en todo el territorio nacional efectuado por quienes tengan formación tecnológica o universitaria y que se realiza después de la obtención del título. La prestación de este servicio también es una obligación para los nacionales y extranjeros graduados en el exterior, que pretendan ejercer su profesión en el país, sin perjuicio de lo establecido en los tratados internacionales (artículos 1 y 2). El régimen prestacional de quienes presten el Servicio Social Obligatorio corresponde al de la Institución a la que se vinculen (art. 6 ibídem).

Por su parte, el Ministerio de Salud mediante la Resolución 795 del 22 de marzo de 1995 *“por la cual se establecen los Criterios Técnico Administrativos para la prestación del Servicio Social Obligatorio”* ordena que *“[l]a vinculación de los profesionales deberá contar con la disponibilidad presupuestal respectiva y en ningún caso su remuneración será inferior a los cargos de planta en las Instituciones en la cual presten sus servicios”* (numeral 7 del artículo 1º), y que *“[e]l profesional que presta el Servicio Social Obligatorio gozará de las mismas garantías del personal de planta, en cuanto a honorarios, compensatorios, etc.”* (Numeral 8 del artículo 1º).

A reglón seguido, el numeral 10 del artículo 1º de la referida resolución dispone que *“[l]as 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”*.

A su turno, el artículo 33 de la Ley 1164 de 2007 *“Por la cual se dictan disposiciones en materia del talento humano en salud”* regula especialmente el Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas de educación superior del área de salud, indicando que debe ser prestado en poblaciones deprimidas urbanas o rurales o de difícil acceso, en entidades relacionadas con la prestación de servicios, la dirección, la administración y la investigación en las áreas de la salud. El párrafo de este artículo indica que *“[l]a vinculación de los profesionales que presten el servicio debe garantizar la remuneración de acuerdo al nivel académico de los profesionales y a los estándares fijados en cada institución o por la entidad territorial y la afiliación al sistema general de seguridad social en salud y a riesgos profesionales. En ningún caso podrán ser vinculados a través de terceras personas jurídicas o naturales”*.

2.4.2. Jornada máxima laboral

Al respecto, se tiene que la Ley 6ª de 1945², en su artículo 3, contempló el límite de la jornada laboral en 8 horas al día y 48 semanales³. Posteriormente, dicha jornada fue prevista en el artículo 33 del Decreto ley 1042 de 1978, que en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional; no obstante, el artículo

² «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo».

³ Dicha norma fue adicionada por la Ley 64 de 1946, que estableció que la jornada diurna está comprendida entre las 6:00 y las 18:00 horas, y la ordinaria nocturna entre las 18:00 y las 6:00 horas.

2⁴ de la Ley 27 de 1992 hizo extensivo a los servidores de las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidas en la precitada norma, en los Decretos leyes 2400 y 3074 de 1968 y las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987.

La extensión de la anterior normativa fue reiterada por el artículo 87, inciso segundo, de la Ley 443 de 1998, que previó:

“Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal, contempladas en la presente Ley y las contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978 y demás normas que los modifiquen, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que prestan sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley.”

Dentro de los empleados a que se refirió el artículo 3 de la Ley 443 de 1998, están los que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del nivel departamental, distrital y municipal y sus entes descentralizados. De la misma manera, lo sostuvo el Consejo de Estado⁵, que respecto de la aplicación del Decreto 1042 de 1978 dijo:

“[...] sobre el tema dirá la Sala que el régimen que gobierna en este aspecto a los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978, pues si bien tal precepto en un comienzo rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional el artículo 2º de la Ley 27 de 1992 hizo extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidas, no solamente en la norma precitada, sino en los Decretos Leyes 2044 y 3074 de 1978, y las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987; tal normatividad fue reiterada igualmente por el artículo 87 inciso segundo de la Ley 443 de 1998.”

Cabe precisar que aunque la Ley 443 fue derogada por la Ley 909 de 2004, con excepción de los artículos 24, 58, 81 y 82, en relación con la ordenación de la jornada laboral, esta última normativa consagró en su artículo 22:

“1. El ejercicio de las funciones de los empleos, cualquiera que sea la forma de vinculación con la administración, se desarrollará bajo las siguientes modalidades:

a) Empleos de tiempo completo, como regla general;

b) Empleos de medio tiempo o de tiempo parcial por excepción consultando las necesidades de cada entidad.

2. En las plantas de personal de los diferentes organismos y entidades a las que se aplica la presente ley se determinará qué empleos corresponden a tiempo completo, a tiempo parcial y cuáles a medio tiempo, de acuerdo con la jornada laboral establecida en el Decreto-ley 1042 de 1978 o en el que lo modifique o sustituya.”

Se colige entonces que el régimen de jornada laboral, regulado por el Decreto 1042 de 1978, también es aplicable a los empleados territoriales, que en su artículo 33 estableció la jornada máxima de trabajo, así:

⁴ «Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva, contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, la Ley 13 de 1984 y la Ley 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos de los niveles Nacional, Departamental, Distrital diferentes al Distrito Capital, Municipal y sus entes descentralizados, en las Asambleas Departamentales, en los Concejos Municipales y Distritales y en las Juntas Administradoras Locales, excepto las Unidades de Apoyo que requieran los diputados y Concejales».

⁵ Sentencia de 21 de noviembre de 2013, expediente: 25000232500020110011001 (0267-2013), consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero.

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

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

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

Conforme a lo anterior, las actividades que sean de manera discontinua, intermitente o de simple vigilancia se les podrán señalar una jornada de trabajo de 12 horas diarias y hasta de 66 horas a la semana. Pero, el Consejo de Estado, en sentencia de 12 de febrero de 2015⁶, determinó que el límite máximo legal de 66 horas semanales solo fue previsto para actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, por lo tanto, la jornada ordinaria laboral para los empleados territoriales por regla general es de 44 horas semanales.

2.4.3. Horas extras y el límite

Las horas extras corresponden al trabajo que se presta en horas distintas al de la jornada ordinaria laboral y se encuentran reguladas en los artículos 36 y 37 del Decreto ley 1042 de 1978, así:

“Artículo 36.- De las horas extras diurnas. Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes éste hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.

El pago de horas extras o el reconocimiento del descanso compensatorio se sujetarán a los siguientes requisitos:

- a) 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.*
- b) El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.*
- c) El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del veinticinco por ciento sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo. Los*

⁶ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 12 de febrero de 2015, radicación 25000-23-25-000-2010-00725-01(1046-13), consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, actor: Omar Bedoya, Bogotá, D.C. - secretaria de gobierno - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos.

incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

d) En ningún caso podrá pagarse más de cincuenta (50) horas extras mensuales.

e) Si el tiempo laborado fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo.

Artículo 37.- De las horas extras nocturnas. Se entiende por trabajo extra nocturno el que se ejecuta excepcionalmente entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. del día siguiente por funcionarios que de ordinario laboran en jornada diurna.

Este trabajo se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento sobre la asignación básica mensual.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

En todos los demás aspectos el trabajo extra nocturno se regulará por lo dispuesto en el artículo anterior. [subraya de la Sala]

Cabe destacar que los requisitos previstos en el artículo 36 transcrito son de carácter obligatorio para quien solicita el reconocimiento y pago de las horas extras.

2.4.4. Dominicales y festivos y días compensatorios

El artículo 39 del Decreto ley 1042 de 1978 preceptuó:

“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 involucrada 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” [destacado de la Sala]

Así las cosas, resulta evidente que el trabajo que se realiza en días previstos por la ley como de descanso obligatorio (dominicales y festivos), debe ser recompensado con una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, 200% más el disfrute de un día de descanso compensatorio.

2.4.5. Hechos probados

De conformidad con el material probatorio recaudado en el proceso, se encuentra acreditado lo siguiente:

Por medio de la Resolución 197 de 2013, el Hospital Nuestra Señora del Carmen de Apicalá nombró al señor Santiago Daniel Zambrano Ochoa, con vinculación de supernumerario, para ejercer como médico de servicio social obligatorio, con asignación mensual de \$2.500.000, desde el 1 de agosto de 2013 hasta el 31 de diciembre de igual año (folios 5 al 6).

El señor Santiago Daniel Zambrano Ochoa tomó posesión del mentado cargo el 1 de agosto de 2013 (folio 131).

Con la Resolución 002 del 1 de enero de 2014 el Hospital Nuestra Señora del Carmen de Apicalá nombró al señor Santiago Daniel Zambrano Ochoa, con vinculación de supernumerario, para ejercer como médico de servicio social obligatorio, con asignación mensual de \$2.500.000, desde el 1 de enero de 2014 hasta el 31 de julio de igual año (folios 132 al 133).

El señor Santiago Daniel Zambrano Ochoa tomó posesión del mencionado cargo el 1 de enero de 2014 (folio 134).

Mediante la Resolución 182 del 1 de julio de 2014 el ente hospitalario reconoció al señor Santiago Daniel Zambrano Ochoa unos días de descanso remunerados como compensación por el trabajo desarrollado desde el 1 de agosto de 2013 hasta el 1 de julio de 2014, corridos entre el 2 y el 31 de julio de 2014 (folios 135 al 136).

Según certificado laboral del Hospital Nuestra Señora del Carmen el señor Santiago Daniel Zambrano Ochoa prestó sus servicios como médico de servicio social obligatorio entre el 1 de agosto de 2013 y el 31 de julio de 2014 (folio 139).

De los desprendibles de nómina aportados al proceso se tiene que mensualmente, entre el 1 de agosto de 2013 y el 31 de julio de 2014, el señor Santiago Daniel Zambrano Ochoa percibió asignación básica por valor de \$2.500.000; además, en diciembre de 2013 recibió por prima de navidad \$1.041.667, y en julio de 2014 percibió por prima de servicios \$1.666.667 (folios 140 al 152, 179).

De las constancias de liquidación y pago de cesantías a favor del señor Santiago Daniel Zambrano Ochoa, por parte del ente demandado, es dable establecer la cancelación de las siguientes sumas (folios 176 al 204):

Periodo	Fecha de pago	Valor
Agosto de 2013	11 de septiembre de 2013	\$208.250
Septiembre a noviembre de 2013	18 de diciembre de 2013	\$624.750
Diciembre de 2013	29 de enero de 2014	\$295.021
Enero de 2014	13 de enero de 2014	\$208.250
Febrero a marzo de 2014	7 de abril de 2014	\$416.500
Abril de 2014	12 de mayo de 2014	\$208.250
Mayo de 2014	7 de julio de 2014	\$208.250
Junio de 2014	7 de julio de 2014	\$347.083
Julio de 2014	9 de septiembre de 2014	\$208.250

A través de la Resolución 033 del 22 de enero de 2015, el ente hospitalario en cita ordenó el pago de la liquidación laboral del demandante, por las siguientes sumas y conceptos (folios 28 al 29):

CONCEPTO	VALOR
Prima de navidad	\$1.458.333
Vacaciones	\$1.250.000
Prima de vacaciones	\$1.250.000

Trabajo adicional	\$13.852.280
TOTAL	\$17.811.613

Contra la decisión anterior el señor Zambrano formuló recurso de reposición porque no se ordenó en tal liquidación el pago del salario del mes de agosto del año 2013; no reconoció el pago de todos los domingos y festivos trabajados durante el vínculo laboral; no reajustó en un 100% el valor del trabajo realizado domingos y festivos; no reconoció en dinero los compensatorios adeudados por trabajar días de descanso; no pago con recargo las horas extras trabajadas; la liquidación de las prestaciones no tuvo en cuenta el valor de los emolumentos correspondientes a horas extras; ni indexó las sumas reconocidas. Además, pidió el reajuste de los aportes a seguridad social por cuanto no tuvieron en cuenta el valor correspondiente a horas extras (folios 31 al 41).

El recurso antes referido se resolvió desfavorablemente mediante acto ficto.

En la certificación que reposa a folio 207 del expediente se explica los conceptos tenidos en cuenta para determinar la suma reconocida en la liquidación laboral por trabajo adicional, así:

*“Se toma como referencia el salario mensual pactado, que era de \$2.500.000 el que se divide en 30 (días laborales del mes), resultado que se divide en 8 (horas laborales diarias), lo que nos da un VALOR HORA DE DIEZ MIL CUATROCIENTOS DIECISEIS PESOS MCTE (\$10.416).
(...)”*

El cargo que ejerció el demandante corresponde al de MEDICO DE SERVICIO SOCIAL – Cargo que por su naturaleza de PROFESIONAL y es por ello que no contempla Horas Extras sino trabajo adicional con recargos, así:

- 1. AGOSTO 2013:** *Trescientas veintiocho horas (328) Dentro de las cuales tenemos Ciento Treinta y Seis (136) Horas de trabajo adicional (\$1.416.576). Con Sesenta y cuatro (64) recargos nocturnos (\$233.280). Dieciséis (16) horas dominicales (\$124.992). Ocho (8) horas nocturnas dominicales (\$91.656). Para un valor adicional con recargos al salario base de: **\$1.866.504.***
- 2. SEPTIEMBRE 2013:** *Trescientas cuatro (304) horas. Dentro de las cuales tenemos Ciento Doce (112) Horas de trabajo adicional (\$1.166.592). Con Sesenta y Cuatro (64) recargos nocturnos (\$233.280). Dieciséis (16) horas dominicales (\$124.992). Ocho (8) horas nocturnas dominicales (\$91.656). para un valor adicional al salario base de: **\$1.616.520.***
- 3. OCTUBRE 2013:** *Trescientas cuatro (304) horas. Dentro de las cuales tenemos Ciento Doce (112) Horas de trabajo adicional (\$1.166.592). Con setenta y dos (72) recargos nocturnos ordinarios (\$262.440). para un valor adicional al salario base de: **\$1.429.032.***
- 4. NOVIEMBRE 2013:** *Trescientas Doce (312) horas. Dentro de las cuales tenemos Ciento Veinte (120) Horas de trabajo adicional (\$1.249.920). Con Cincuenta y Seis (56) recargos nocturnos (\$204.120). Dieciséis (16) horas dominicales (\$124.992). Ocho (8) horas nocturnas dominicales (\$91.656). Dieciséis (16) horas festivas (\$124.992). Ocho (8) horas nocturnas festivas (\$91.656), para un valor adicional al salario base de: **\$1.887.336.***
- 5. DICIEMBRE 2013:** *Doscientas Treinta y Dos (232) horas. Dentro de las cuales tenemos Cuarenta (40) Horas de trabajo adicional (\$416.640). Con Sesenta y cuatro (64) recargos nocturnos (\$233.280), para un valor adicional al salario base de: **\$649.920.***
- 6. ENERO 2014:** *Doscientas Cuarenta y Ocho (248) horas. Dentro de las cuales tenemos Cincuenta y seis (56) Horas de trabajo adicional (\$583.296). Cincuenta y Seis (56) recargos nocturnos (\$204.120). Dieciséis (16) horas dominicales*

(\$124.992). Ocho (8) horas nocturnas dominicales (\$91.656). Dieciséis (16) horas festivas (\$124.992). Ocho (8) horas nocturnas festivas (\$91.656). Para un valor adicional al salario base de: **\$1.220.712.**

7. FEBRERO 2014: Doscientas Cuarenta (240) horas. Dentro de las cuales tenemos Cuarenta y Ocho (48) Horas de trabajo adicional (\$499.968). Con Cincuenta y Seis (56) recargos nocturnos (\$204.120). Dieciséis (16) horas dominicales (\$124.992). Ocho (8) horas nocturnas dominicales (\$91.656). Para un valor adicional al salario base de: **\$920.736.**

8. MARZO 2014: Doscientas Cincuenta y dos (252) horas. Dentro de las cuales tenemos Sesenta (60) Horas de trabajo adicional (\$624.960). Con Sesenta y cuatro (64) recargos nocturnos (\$233.280). Dieciséis (16) horas festivas (\$124.992). Ocho (8) horas nocturnas festivas (\$91.656)., para un valor adicional al salario base de: **\$1.074.888.**

9. ABRIL 2014: Cero Horas Extras. Treinta y dos (32) horas con recargo nocturno (\$116.640). Treinta y dos (32) horas dominicales (\$249.984). Dieciséis (16) horas nocturnas dominicales (\$183.312). para un valor de recargos en el mes adicional al salario base de: **\$549.936.**

10. MAYO 2014: Doscientas Sesenta (260) horas. Dentro de las cuales tenemos Sesenta y ocho (68) Horas de trabajo adicional (\$708.288). Con Cincuenta y Seis (56) recargos nocturnos (\$204.120). Dieciséis (16) horas dominicales (\$124.992). Ocho (8) horas nocturnas dominicales (\$91.656). Para un valor adicional al salario base de: **\$1.129.056.**

11. JUNIO 2014: Doscientos Dieciséis (216) horas. Dentro de las cuales tenemos Veinticuatro (24) Horas de trabajo adicional (\$249.984). Con Cincuenta y Seis (56) recargos nocturnos (\$204.120). Dieciséis (16) horas festivas (\$124.992). Ocho (8) horas nocturnas festivas (\$91.656). Para un valor adicional al salario base de: **\$670.752.**

12. JULIO 2014: DENTRO DEL CUADRO DE TURNOS SE VERIFICA QUE EL DEMANDANTE NO HIZO NINGUNA HORA EN EL MES DE JULIO DE 2014, YA QUE SE COMPENSO EN TIEMPO 192 HORAS DE TRABAJO ADICIONAL EFECTUADO DENTRO DE LOS 11 MESES ANTERIORES, ESE MES SE LE CONSIGNO EL SUELDO DE MANERA REGULAR. POR TANTO SE DEBE DESCONTAR TANTOS LAS HORAS COMO EL VALOR.

De los cuadros de turnos mensuales de agosto de 2013 a julio de 2014 es posible establecer que el actor prestó sus servicios así:

Nota: De acuerdo a los cuadros de turnos la labor se prestó en los servicios que se pasan a ilustrar.

U= Urgencias (24 horas de 7 am a 7 am)
CE= Consulta externa (8 horas de 7 am a 12 m y de 1 pm a 4 pm)
UA= Apoyo urgencias (24 horas de 7 am a 7 am)
D= Disponibilidad
PYP y HT= No se explica, pero es turno de 8 horas de 7 am a 12 m y de 1 pm a 4 pm

- **Agosto 2013 = 328 horas (folio 210)**

Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo
			1 U	2 PYP	3	4
5	6 U	7 festivo	8 CE	9 U	10	11 U
12 CE	13 U	14 PYP	15 CE	16 U	17	18
19 festivo	20 U	21	22 U	23 PYP	24 U	25

26 U	27 PYP	28 CE	29 U	30	31	
----------------	------------------	-----------------	----------------	----	----	--

- Septiembre 2013 = 304 horas (folio 211)

Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo
						1
2 CE/D	3 U	4 PYP	5 CE/D	6 HT	7 U	8 D
9 U	10 CE/D	11 U	12	13 HT	14	15
16 CE/D	17 PYP/D	18 U	19	20 U/D	21	22 U/D
23 CE/D	24 U	25 PYP	26 CE/D	27 U	28	29
30						

- Octubre 2013 = 304 horas (folio 212)

Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo
	1 PYP	2 PYP/D	3 U	4 PYP	5 D	6 D
7 U	8 PYP/D	9 PYP	10 U	11 PYP/D	12	13
14festivo	15 PYP	16 PYP/D	17 U	18 PYP/D	19 D	20 D
21 U	22 PYP	23 PYP	24 U	25 PYP/D	26	27
28 U	29 PYP	30 PYP	31 U			

- Noviembre 2013 = 312 horas (folio 213)

Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo
				1 CE	2 U	3 D
4 festivo U	5 CE/D	6 U	7 CE/D	8 U	9 D	10
11 festivo	12 CE/D	13 U	14	15 CE	16 U	17 D
18 U	19 CE	20	21	22	23	24 U
25 CE	26 U	27 CE	28	29 PYP	30 U	

- Diciembre 2013 = 232 horas (folio 214)

Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo
						1 D
2 U	3 CE/D	4 U	5 CE/D	6 U	7	8 festivo
9	10	11	12	13	14	15

	U	CE	CE/D	U	D	
16 CE/D	17 U	18	19	20	21	22
23 U	24	25 festivo	26	27	28	29
30 U	31 D					

- Enero 2014 = 248 horas (folio 215)

Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo
		1 festivo U	2 D	3	4	5
6 festivo	7	8	9	10 U	11 D	12 U
13 CE/D	14 U	15 D	16 U	17	18	19
20	21 U	22 CE/D	23 U	24 CE/D	25 U	26 D
27 U	28 CE/D	29	30	31		

- Febrero 2014 = 240 horas (folio 216)

Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo
					1	2
3 U	4 CE	5 D	6 U	7 D	8 U	9 D
10 U	11 D	12 CE/D	13 CE	14	15	16
17	18 CE/D	19 U	20 CE/D	21 U	22	23 U
24 D	25 CE	26 U	27 CE/D	28		

- Marzo 2014 = 252 horas (folio 217)

Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo
					1	2
3 CE/D	4 U	5 CE/D	6 U	7 D	8 U	9 D
10 U	11 CE/D	12 CE	13 CE	14	15	16
17 D	18 U	19 D	20 U	21 CE/D	22 U	23 D
24 festivo U	25 CE/D	26 U	27 D	28	29	30
31 D						

- Abril 2014 = 192 horas (folio 218)

Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo
	1 PYP	2 PYP/D	3 CE	4 U	5 D	6 U

7 D	8 CE	9 U	10 CE/D	11	12 D	13 D
14 D	15 D	16 U	17 festivo D	18 festivo D	19 D	20 U
21 D	22 CE	23 U	24 CE/D	25	26	27
28	29	30				

- Mayo 2014 = 260 horas (folio 219)

Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo
			1 festivo	2 CE/D	3 U	4 D
5 CE	6 CE	7 U	8 D	9 UD	10	11
12	13 CE	14 U	15 D	16 U	17 D	18 U
19 D	20 CE	21 U	22 D	23	24	25
26 CE	27 CE	28 U	29 D	30 D	31 U	

- Junio 2014 = 216 horas (folio 220)

Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo
						1 D
2 festivo U	3 D	4 U	5 D	6	7	8
9 D	10 CE	11 CE	12 U	13 D	14 U	15 D
16 U	17 D	18 U	19 D	20	21	22
23 festivo	24	25 CE	26 U	27 D	28 U	29 D
30 festivo						

- Julio 2014 = 0 horas (folio 221)

Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo
	1	2	3	4	5	6
7	8	9	10	11	12	13
14	15	16	17	18	19	20 festivo
21	22	23	24	25	26	27
28	29	30	31			

2.4.6. Caso concreto

De acuerdo al primer cargo formulado en el recurso de alzada, desacertó el juez de primera instancia al colegir que el actor tuvo días de descanso remunerados durante el tiempo de vinculación con la entidad demandada, pues los supuestos días de descanso eran de disponibilidad en caso de ser requerido, por lo que su labor se desarrolló en forma ininterrumpida “todos los días de la semana, de día y

de noche, incluyendo sábados, domingos y festivos, los treinta (30) días del mes” (sic).

Revisado el plenario lo primero que se tiene es que no hay prueba de la supuesta prestación ininterrumpida del servicio los 30 días del mes, durante 24 horas al día, el año de vinculación laboral, a contrario *sensu*, la documental incorporada al proceso deja ver que, fuera de los días de disponibilidad, el actor tuvo sendos días de descanso por mes. Veamos la compilación de los cuadros de turnos sobre los días laborados, los de disponibilidad en días no laborales, los trabajados en días dominicales y festivos, y los días de descanso, mes a mes, entre el 1 de agosto de 2013 y el 31 de julio de 2014.

Mes	Días laborados al mes	Días de disponibilidad no laborables	Días laborados durante domingo y festivos ⁷	Días de descanso	Folio
Agosto	19	0	1	12	210
Septiembre	20	2	1	8	211
Octubre	22	4	2	5	212
Noviembre	19	3	2	8	213
Diciembre	13	2	1	15	214
Enero	13	4	2	14	215
Febrero	15	5	2	8	216
Marzo	16	7	3	8	217
Abril	13	10	4	7	218
Mayo	16	8	1	7	219
Junio	11	10	3	9	220
Julio	0	0	0	30	221

Como se aprecia del cuadro anterior, durante cada mes el demandante tuvo mínimo 5 días de descanso, libres de turno de disponibilidad, que dejan sin sustento la aseveración de haber trabajado de forma ininterrumpida durante un año, los 30 día del mes, las 24 horas del día, incluyendo domingos y festivos.

También se establece que el trabajo ocasional durante domingos y festivos fue compensado con descansos remunerados, en razón a que semanalmente el actor tuvo mínimo un día de descanso, cumpliéndose el requerimiento dispuesto en el artículo 39 del Decreto ley 1042 de 1978, visto líneas atrás en esta providencia.

Lo que sí se acreditó, como lo indicó el *a quo*, fue que el trabajo en días dominicales y festivos no se remuneró en el 200% que establece la norma *ibídem*, pues, de las nóminas traídas al proceso se advierte que mes a mes el demandante sólo percibió el salario estipulado en el acto de nombramiento, pero como esto se ordenó en el fallo de primera instancia, sobra hacer más elucubraciones frente al particular.

El recurrente además refirió que los 30 días de descanso remunerados otorgados en julio de 2014, no pueden tenerse como compensatorios porque con estos días se estaban indemnizando unas horas extras adeudadas, lo que no se discute ya que se probó que el demandante tuvo en promedio mínimo un día de descanso remunerado por semana laborada.

De otro lado, la parte actora menciona que debe ordenarse el pago de salarios y demás contraprestaciones por el tiempo de servicios prestados entre el 9 y el 31 de julio de 2013.

⁷ Aquí se incluyen los días en que le correspondió turnos de disponibilidad

De los actos de nombramiento y de las actas de posesión traídas al proceso, se observa que la vinculación laboral del actor con la ESE demandada rigió entre el 1 de agosto de 2013 y el 31 de julio de 2014.

El *a quo* decidió no pronunciarse de fondo sobre la citada pretensión en razón a que no fue objeto de reclamación administrativa, posición de la que difiere el recurrente porque aduce que se debe entender que el mes reclamado es el de la inducción, independientemente de como se haya solicitado en sede administrativa.

Revisado el recurso formulado contra el acto de la liquidación laboral del demandante se observa que en este se reclama el pago del salario correspondiente al mes de agosto del año 2013, sin exposición de motivos que lleve a inferir que en últimas se trata de una solicitud oculta tendiente a obtener la cancelación del tiempo de servicios prestado durante la inducción recibida en julio de igual año. Es más, los extremos temporales de la relación laboral plasmados en el recurso datan del 1 de agosto de 2013 al 31 de julio de 2014 (folio 33).

De la documental que reposa en los folios 222 y 224 del cartulario, es dable advertir que el salario del mes de agosto de 2013 a favor del señor Santiago Daniel Zambrano Ochoa, cancelado por el Hospital Nuestra Señora del Carmen de Apicalá, ocurrió el 11 de septiembre de 2013.

Entonces, es claro que al demandante no se le adeuda suma alguna por la asignación básica de agosto de 2013, ya que esta fue cancelada el 11 de septiembre del mismo año, como se probó en el proceso (folios 222 y 224).

Respecto a las consideraciones del juez sobre la falta de agotamiento de la reclamación administrativa para pedir el pago de salarios y prestaciones durante el tiempo de inducción, transcurrido entre el 9 y el 31 de julio de 2013, la Sala advierte que comparte esta posición como quiera que en los asuntos laborales contra entidades estatales es imperiosa la reclamación administrativa como requisito de procedibilidad para demandar.

Así lo estipula el artículo 6° del Código Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, a saber:

“ARTÍCULO 4°. El artículo 6° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social quedará así:

“ARTICULO 6°. Reclamación administrativa. Las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta. *Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-792 de 2006, en el entendido que el agotamiento de la reclamación administrativa por virtud del silencio administrativo negativo, es optativo del administrado, de tal manera que si decide esperar la respuesta de la Administración, la contabilización del término de prescripción sólo se hará a partir del momento en el que la respuesta efectivamente se produzca. (...)*”

Por su parte, el artículo 161-2 del CPACA, establece:

*“ARTÍCULO 161. REQUISITOS PREVIOS PARA DEMANDAR. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:
(...)*

*2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.
(...)”*

En consecuencia, como la parte actora no elevó, antes de demandar, reclamación administrativa sobre salarios y prestaciones causadas fuera de los extremos de la relación laboral, se mantiene la posición del *a quo* de no estudiar este cargo. La tercera disconformidad del recurrente con el fallo de primera instancia es porque no ordenó la reliquidación de prestaciones sociales teniendo en cuenta el 200% del salario devengado por el actor, en razón a que trabajó mensualmente el doble de horas dispuestas en la jornada reglamentaria.

Lo anterior tampoco está llamado a prosperar en virtud a que el valor de las vacaciones y las primas de navidad, vacaciones y servicios, se establece con base en la asignación básica fijada por la ley para el respectivo cargo. Veamos:

El artículo 59 del Decreto 1042 de 1978 determina que la base para liquidar la prima de servicios la compone los siguientes factores:

*“a) **El sueldo básico fijado por la ley para el respectivo cargo.***

b) Los incrementos salariales por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.

c) Los gastos de representación.

d) Los auxilios de alimentación y transporte.

e) La bonificación por servicios prestados.

Para liquidar la prima de servicio, se tendrá en cuenta la cuantía de los factores señalados en los ordinales precedentes a 30 de junio de cada año.” (Resaltado y negrilla de la Sala)

Por su parte el Decreto 1045 de 1978⁸ determina que la base para liquidar: vacaciones, prima de vacaciones y prima de navidad, la integra los siguientes factores:

“ARTÍCULO 17. De los factores salariales para la liquidación de vacaciones y prima de vacaciones. Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este decreto, 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:

a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;

⁸ “Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.”

b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978;

c) Los gastos de representación;

d) La prima técnica;

e) Los auxilios de alimentación y transporte;

f) La prima de servicios;

*g) La bonificación por servicios prestado.
(...)*

ARTÍCULO 33. De los factores de salario para liquidar la prima de navidad. Para el reconocimiento y pago de la 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 los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978;

c) Los gastos de representación;

d) La prima técnica;

e) Los auxilios de alimentación y transporte;

f) La prima de servicios y la de vacaciones;

g) La bonificación por servicios prestados.” (Negrilla y subrayado de la Sala)

Corolario, el factor de la asignación básica que sirve para la determinación del peso de las primas de servicios, navidad y vacaciones, así como el de las vacaciones, es el señalado para el respectivo cargo.

Se advierte que en este proceso no se discutió que la asignación básica reconocida en el acto de nombramiento no correspondiera a la denominación y nomenclatura del cargo ejercido por el demandante, así que el pago que pueda llegar a recibir por trabajo suplementario en jornada diurna, nocturna y festiva, puede modificar la base del salario, pero no de la asignación básica, que es la que sirve para determinar las sumas a reconocer por las prestaciones a que se viene haciendo referencia⁹.

También se refiere de una vez que las normas estudiadas no previeron las horas extras y el valor del trabajo suplementario como factores de liquidación de las prestaciones concernientes a vacaciones y primas de vacaciones, navidad y servicios, tal como lo dejó plasmado el juez de primera instancia.

El cuarto cargo expone que era procedente reconocer sanción moratoria por haberse cancelado cesantías en una suma inferior a la que legalmente correspondía, debido a que las horas extras y el valor del trabajo suplementario son factores de liquidación.

⁹ Vacaciones y primas de vacaciones, navidad y servicios.

Frente a lo anterior opera igualmente la falta del requisito de procedibilidad de la reclamación administrativa, pues no fue un asunto expuesto en el recurso contra el acto de la liquidación laboral que aquí se enjuicia. Tampoco fue un *petitorio* de la demanda ya que la indemnización por falta de pago, prevista en el artículo 65 del CST, es distinta a la indemnización moratoria por pago tardío de cesantías, reglada en la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006.

La última disparidad con el fallo apelado es la condena en costas en contra de la parte vencida en primera instancia.

Pues bien, de acuerdo con el artículo 188 del CPACA, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas.

En sentencia proferida el 1 de abril de 2016 por el Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso con radicado 7001-23-33-000-2013-00065-01 promovido por el señor Ramiro Antonio Barreto Rojas contra la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, se enfatizó en que el Juez Contencioso Administrativo no está atado a los postulados dispuestos en el artículo 365 del CPG para la imposición de costas. Sobre el particular la sentencia en comento reza:

“(...) a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. (Subrayado fuera del texto)”

Con fundamento en las consideraciones antes expuestas, la misma Corporación, en sentencia de 18 de agosto de 2018 dentro del proceso con radicado 73001-23-33-000-2014-00723-01, sostuvo:

“(...) esta Sala considera que la referida normativa (se refiere al artículo 188 del CPACA) deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorable a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe (...)”.

En este orden, la imposición de costas comporta un análisis subjetivo del juez contencioso limitado solo por juicios de ponderación que pueden ir desde la temeridad hasta el cambio de precedente jurisprudencial, pasando por criterios de orden económico, entre otros.

Ahora, de acuerdo a la providencia recurrida el Juez se abstuvo de condenar en costas a la accionada, porque las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente, lo cual no resulta razonable puesto que el demandante para obtener el derecho reconocido debió desplegar un proceso judicial que acarreó gastos como el relacionado con la defensa técnica a través de apoderado, entre otros.

Entonces, se advierte que la decisión sobre la condena en costas proferida en primera instancia no se ajusta a derecho, toda vez que debió condenar a la entidad demandada, así la prosperidad de las pretensiones fuera parcial, pues estaban soportadas en normas jurídicas, que aquella desconoció al negar el derecho reconocido con este proceso.

Corolario a lo antepuesto, le asiste razón al recurrente respecto al cargo formulado frente a la condena en costas.

2.4.7. Decisión de segunda instancia

El único cargo del recurso que prosperó fue el de la condena en costas, por lo que se modificará el numeral noveno del fallo de primera instancia, que quedará así:

“NOVENO: CONDENAR en costas a la parte demandada, y a favor de la demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

Se fijan las agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada, en la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, por esta instancia.”

En todo lo demás se confirmará la sentencia impugnada proferida el 17 de agosto de 2018 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

2.5. Costas procesales

Conforme al artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte demandada y a favor de la demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

Se fijarán las agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la demandada, en la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

2.6. Otras consideraciones

Advierte la Sala que, dada la situación actual de emergencia sanitaria generada por el COVID-19 la presente providencia será estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos, en cumplimiento a las directrices del Gobierno Nacional y del Consejo Superior de la Judicatura -distanciamiento social aislamiento, trabajo en casa, uso de medios electrónicos-, para evitar la propagación de los efectos adversos de este virus.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Oralidad del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral noveno del fallo de primera instancia, que queda, así:

“NOVENO: CONDENAR en costas a la parte demandada, y a favor de la demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

Se fijan las agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada, en la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, por esta instancia.”

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida el 17 de agosto de 2018 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada, y a favor de la demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

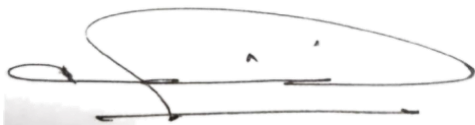
Se fijan las agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada, en la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, por esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, se devolverá el expediente al Juzgado de origen, y se harán las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada en Sala a través de correo electrónico.

Los Magistrados,



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

Firmado Por:

**Luis Eduardo Collazos Olaya Magistrado
Oral 001
Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima**

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

Código de verificación:

cad647407b6e1876fe6337c62c314acd071e08d95b43b0e98340730651e3eab3 Documento
generado en 30/08/2021 08:20:58 AM