REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 06

Santiago de Cali, enero veintitrés (23) de dos mil dieciocho (2018).

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Laboral
Radicación	76001333300520150042400
Demandante	JAVIER FERNANDO MORENO MARMOLEJO
Demandado	HOSPITAL ISAÍAS DUARTE CANCINO
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, instaurado a través de apoderado judicial, por el señor JAVIER FERNANDO MORENO MARMOLEJO en contra del HOSPITAL ISAÍAS DUARTE CANCINO.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

Señala el escrito de demanda[1]:

1.1. Declarar la nulidad parcial del oficio No. 4.11.1.018 de mayo 19 de 2015, suscrito por ARTURO BETANCOURT HOYOS Gerente Administrativo y Financiero del HOSPITAL ISAÍAS DUARTE CANCINO E. S. E., notificado al demandante en dicha fecha, con el fin de corregir el pago de la prima de servicios correspondiente al año 2013.

1.2. Restablecer el derecho al pago de la mencionada prima de servicios en la suma de $2.338.534, más ajuste por IPC conforme al artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, correspondientes a 30 días de salario por cada año de servicio, pagaderos en julio de cada año, más intereses moratorios (artículos 188, 192 y 195 numeral 4 de la Ley 1437 de 2011).

[1] Folios 35 al 47, en especial folios 36 al 40

2. HECHOS

2.1. El demandante perteneció a la nómina del Municipio de Santiago de Cali y como tal fue traslado al Hospital ISAÍAS DUARTE CANCINO E. S. E. por ocupar cargo de carrera administrativa (médico) y al cual se incorporó por virtud de la Resolución No. 1.18.42 de abril 24 de 2012.

2.2. Desde el ejercicio de su cargo en la Alcaldía de Santiago de CALI, devengó por concepto de prima de servicios 30 días por año de servicio pagaderos en el mes de julio y desconoce la norma local que autoriza tal emolumento, afirmando que también le pudieron negar la misma sumando al artículo 58 del Decreto Ley 1042 de 1978 y no obstante que en años anteriores se la habían cancelado.

2.3. Durante el año 2013, no le liquidaron la prima de servicios sobre 30 días por año de servicio sino sobre 15 días por año de servicio, situación que pretende acreditar a través de los correspondientes desprendibles de pago.

2.4. A través de una acción de tutela, fallada por el Juzgado 25 Penal Municipal con funciones de control de garantías, se contempló la necesidad de responder el sustento de la decisión de disminuir el valor de la prima de servicios, a raíz de lo cual, a través de oficio No. 4.11.1.018 de mayo 19 de 2015, suscrito por ARTURO BETANCUR HOYOS en representación de la entidad demandada, se informó que se aplicaba el Decreto Ley 1042 de 1978 artículo 58.

A propósito de la respuesta brindada, el demandante afirma que ello no corresponde a la verdad y que la situación el Gobierno Nacional la aclaró a través de la expedición del Decreto 2351 de 2014 y de todas formas al interior de la Alcaldía desde 2014, se vienen cancelando los 30 días por año de servicio y no los 15 días como ocurrió en el año 2013, motivo por el cual insiste en el ajuste reclamado debidamente indexado.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la demandante hace referencia a los artículos 2, 4, 13, 25 y 53 de la Carta Política; 138, 155 numeral 3º, 159 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, por cuanto considera la determinación asumida por la demandada contraria a los

fines sociales del estado de derecho que nos rige, situación que asocia a la importancia que la jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha asignado al tema del pago de salarios y prestaciones sociales.

Lo anterior en cuanto le liquidaron para el año 2013, por el equivalente a la mitad de lo normal, lo cual acredita nuevamente con los comprobantes de pago y el fallo de tutela. Finalmente, considera una equivocada interpretación de la norma contenida en el Decreto Nacional 1042 de 1978 artículo 58, teniendo en cuenta el Decreto 2351 de 2014 lo que afecta al demandante igualmente en la aplicación del principio de confianza legítima.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Hospital ISAIAS DUARTE CANCINO, por intermedio de apoderado judicial contesta la demanda[2] afirmando que la entidad demandada se limitó a aplicar el Decreto Ley 1042 de 1978, artículos 58 y 104, ya que por tratarse de empleados vinculados con anterioridad a la expedición de la Ley 10 de 1990, artículos 16 y 17, en armonía con el Decreto Reglamentario 1399 de 1990, Decreto 2351 de 2014 artículo 1, Ordenanza No. 12 de noviembre 22 de 1985 y Sentencia C 402 de julio 3 de 2013, les resulta aplicable. A los empleados vinculados con posterioridad a la expedición de estas mismas normas no les aplica, al igual que el artículo 50 del Decreto Ley 1042 de 1978, tampoco se aplica para el demandante.

Propone finalmente las excepciones de carencia del derecho, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación e innominada.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Parte demandante y demandada

Al exponer sus alegatos de conclusión, reiteran los argumentos planteados en la demanda y en la contestación de la demanda[3].

5.3. Ministerio Público: No conceptuó.

6. CONSIDERACIONES

[2] Folios 63 al 68
[3] Folios 339 al 342 y 343 al 347 y documento a folios 348 al 352 frente y vuelto

6.1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control, y atendiendo la fijación del litigio hecha en la audiencia inicial, debe el Despacho determinar si procede el reajuste y pago de la prima de servicios pagados al demandante durante el primer semestre del año 2013.

6.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

(i) Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto;

(ii) Analizar el marco normativo de la prima de servicios de los servidores del orden municipal;

(iii) Identificar la forma de liquidar la prima de servicios en el caso concreto;

(iv) Determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no a la demandante el derecho reclamado.

6.3. HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS

- Según la copia de historia laboral de JAVIER FERNANDO MORENO MARMOLEJO, remitido con oficio de fecha junio 13 de 2017, expedido por el Sub Director de Gestión Estratégica del Talento Humano de Santiago de Cali CARLOS ALBERTO BURGOS RAMÍREZ[4], mediante Decretos 714 de julio 4 de 1989 y 1556 de diciembre 29 de 1995, el ahora demandante JAVIER HERNANDO MORENO MARMOLEJO, fue designado médico general de 2 horas de la Secretaría de Servicios Administrativos de la ciudad de SANTIAGO DE CALI, a partir de julio 6 de 1989 y enero 3 de 1996[5] y en dicha condición no pudo ser incorporado en carrera administrativa, por no tener intensidad horaria requerida[6].

[4] Folios 90 al 314 Cuaderno No. 1 A
[5] Folios 107 al 108 Cuaderno No. 1 A
[6] Folios 114, 128, 186 Cuaderno No. 1 A

- Mediante Decretos 1518 de noviembre 10 de 1992 y 1556 de diciembre 29 de 1995, el demandante fue designado como Médico Cirujano 1-4, de la misma entidad territorial del cual toma posesión en diciembre 28 de 1992 y enero 3 de 1996[7].

- Mediante Decreto No. 234 de febrero 28 de 1993, le es concedida comisión de estudios por un año prorrogada a partir de marzo 1 de 1994, mediante Decreto 513 de abril 6 de 1994 y Resolución 25 de octubre 20 de 1995 por el mismo término[8];

- Mediante Decretos 79 de febrero 9 de 1999 y 1094 de diciembre 13 de 1999, fue incorporado como Médico Especialista (provisional) y como médico general (provisional), cargos de los cuales tomó posesión el día 11 de febrero de 1999 y 15 de diciembre de 1999[9], sin que pudiera ser incorporado en carrera administrativa según consta en oficio de abril 17 de 2002[10].

- Mediante Resolución No. 01 de noviembre 28 de 2003, con fecha diciembre 1 de 2003, toma posesión del cargo de Médico Especialista de 4 horas del Hospital ISAIAS DUARTE CANCINO, sin que exista evidencia en la hoja de vida de incorporación en carrera y la documentación que obra a folios no citados textualmente obedece a la información acerca del perfil que ostenta el ahora accionante o documentación a través de la cual se acredita el cumplimiento de requisitos para ejercer el cargo para el cual fue nombrado y solicitudes de pago de cesantías y soportes de pago de cesantías a favor del ahora demandante[11].

- Mediante comunicación de mayo 20 de 2011, le niegan al ahora demandante solicitud de reconocimiento y pago de primas extralegales (Decreto 216 de 1991) de junio y antigüedad por ser competencia del Gobierno Nacional[12].

- A través de oficio de junio 25 de 2017, suscrito por VICTORIA MERA MOSQUERA, Contratista Asociada a Talento Humano del Hospital ISAIAS DUARTE CANCINO, le informan al demandante que no es

[7] Folios 124 y 125; 126 y 127 Cuaderno 1 A; 187 Cuaderno 1 A
[8] Folios 130 al 185 Cuaderno 1 A
[9] Folios 203 y 204, 206 al 209 Cuaderno 1 A
[10] Folio 221 Cuaderno 1 A
[11] Folios 245 y 247 Cuaderno 1 A
[12] Folios 297 al 301 y 303 al 313 Cuaderno 1 A

procedente el pago de la prima de servicios correspondiente a 2013 y si se pagó en 2012 y 2014 ello obedeció a que no fue liquidada conforme al artículo 58 del decreto Ley 1042 de 1978[13].

7. MARCO NORMATIVO DE LA PRIMA DE SERVICIOS

Por virtud del mandato contenido en el artículo 121 de la Carta Política, los empleados públicos tienen definida su situación legal y reglamentaria, de manera tal que las modalidades de vinculación y remuneración deben estar definidas en la ley o reglamento. Señala específicamente la norma, en el aparte pertinente:

"No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente

"Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben (…)"

Lo anteriormente expuesto implica que los servidores públicos deben cumplir las funciones atribuidas en la Constitución, la Ley o el reglamento. Señala al respecto el artículo 122 ibídem:

"Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento (…)

Por su parte, la vinculación requiere del respectivo acto de nombramiento y posesión, por lo que el artículo 125 ibídem precisa además la necesidad de proveer los empleos públicos en general mediante concurso público previa fijación de las condiciones y calidades correspondientes:

"Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

"El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (…)"

En ese mismo orden de ideas la remuneración oficial depende de lo que al respecto establezca el Congreso de la República, a través de la expedición de leyes. En tal sentido el artículo 150 numeral 19 literales e y f, establece que la Ley debe fijar las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden nacional, así como del orden territorial. En tal sentido el artículo 12 de la Ley 4 de 1992, precisa:

[13] Folios 325 al 331 Cuaderno No. 1 A

Artículo 12º.- *El régimen prestacional de los servidores públicos de la entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley. En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.*

Parágrafo.- *El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional.*

Dicha norma fue declarada exequible por virtud de la sentencia C 315 de 1995, a través de la cual se precisó:

"(…) El fundamento constitucional de la ley analizada lo constituye la atribución que la Constitución asigna al Congreso en su artículo 150-19, literales e y f. La facultad del Legislador se reduce a fijar las normas generales sobre el régimen salarial y prestacional de los "empleados públicos" y el régimen de prestaciones sociales mínimas de los "trabajadores oficiales"

"(…) Del artículo 150-19 de la C.P., se deduce que la función de dictar las normas generales sobre el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos puede ser delegado a las Corporaciones públicas territoriales, lo que no sería posible si en este asunto el Congreso careciera de competencia. Desde luego, la competencia del Congreso y la correlativa del Gobierno, no puede en modo alguno suprimir o viciar las facultades específicas que la Constitución ha concedido a las autoridades locales y que se recogen en las normas citadas. La determinación de un límite máximo salarial, de suyo general, si bien incide en el ejercicio de las facultades de las autoridades territoriales, no las cercena ni las torna inocuas. Ni el Congreso ni el Gobierno sustituyen a las autoridades territoriales en su tarea de establecer las correspondientes escalas salariales y concretar los emolumentos de sus empleados. Dentro del límite máximo, las autoridades locales ejercen libremente sus competencias (…)"

En desarrollo de tal atribución y por virtud del Decreto 1919 de 2002, artículo 1, se establece:

"A partir de la vigencia del presente Decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

"Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas."

En relación con el régimen anterior al de la vigencia de la Carta Política de 1991, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha afirmado que la competencia legal no puede ser desplazada por normatividad de orden local o territorial y concluyó que las prestaciones sociales tampoco podían ser objeto de creación por parte de las autoridades territoriales.

En lo que respecta a salario y factores salariales, si tenían competencia las autoridades territoriales, pero la misma cesó a partir del año 1968. Así, la referida Corporación dispuso[14]:

[14] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2014, C.P. ALFONSO VARGAS RINCON. Radicación número: 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12).

"(…) Pues bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación con derechos salariales creados mediante actos expedidos por autoridades del orden territorial[15] con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

"Recién expedida la Constitución Política de 1886 y aún con las reformas contenidas en los actos legislativos de 1910 y 1945, los entes territoriales tenían una potestad para la fijación de los sueldos de sus empleados[16], mas no respecto al régimen prestacional de los mismos.

"Posteriormente el Acto Legislativo No. 1 de 1968, estableció que las escalas de remuneración debían ser establecidas por el Congreso a nivel nacional, por las Asambleas a nivel Departamental y por los Concejos en el orden local[17] y señaló en el artículo 76 numeral 9, que el régimen prestacional de los empleados del orden nacional, era de competencia única y exclusiva del Congreso.

"La Constitución de 1991, estableció en su artículo 150 que al Congreso le corresponde dictar las normas generales para que el Gobierno fije el régimen prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública, así como el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

"Es decir que ni en vigencia de la Constitución de 1886, ni en la Constitución de 1991, la fijación del régimen prestacional ha sido competencia de las entidades territoriales, pues ha sido del resorte del Congreso o el Legislador extraordinario.

***"En lo que se refiere a la fijación de sueldos, antes del año 1968 las entidades territoriales tenían una potestad amplia**, ahora, con la Constitución de 1991 existe una competencia concurrente entre el Congreso, el Gobierno Nacional, las Asambleas y Concejos, Gobernadores y Alcaldes, que fue ratificada por la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 14 de julio de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.*

"En relación con el tema, esta Corporación ha establecido que la legalidad del acto respecto de la competencia para su expedición, debe dilucidarse bajo los parámetros establecidos por las normas vigentes para el momento de su expedición, en consecuencia, el cambio de normatividad respecto de la competencia no implica que dicho acto se torne ilegal o inconstitucional.

"No obstante no puede perderse de vista que el empleado que fue vinculado después del año 1968, debe someterse a las regulaciones que señale el competente para fijar salarios o los factores que lo conforman, que en este caso es el previsto por el legislador y no es procedente aplicar factores de salario regulados por normas de orden territorial a empleados públicos sometidos a disposiciones de orden legal.

*"(…) **En ese orden de ideas, se tiene que como la prima de alto riesgo visual, fue creada con posterioridad a la reforma de 1968, cuando el Concejo Municipal ya no tenía esta potestad amplia para el efecto, no puede validarse su inclusión para que haga parte de la base de liquidación de la pensión de jubilación de la actora,** así como los conceptos de prima de navidad extralegal, las primas de antigüedad, vacaciones y calor, pues estas fueron establecidas y pactadas en la convención colectiva de la Caja de Previsión Social.*

*"(…) **Si bien la sentencia de unificación de esta Corporación antes citada, prescribe que se deben incluir todos los factores salariales devengados de manera habitual en el último año de servicios para que hagan parte de la base de liquidación pensional, sin importar su denominación y la entidad certificó qué conceptos fueron devengados, lo cierto es, que no es posible su inclusión en la base de liquidación de la pensión, en razón a que su creación y***

---

[15] Sección Segunda, Sentencia de 27 de octubre de 2011, expediente No. 1313-08, Actor: Manuel Isidro Sánchez Guerrero, Demandado: Hospital San Rafael de Pacho –Cundinamarca.

[16] En sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado, expediente 25000232500020040885201 (1313-2008), actor Manuel Isidro Sánchez Guerrero. Claramente se señalo que con la expedición de la Constitución de 1886 y las reformas contenidas de los años 1910 y 1945 los entes territoriales tenían una potestad amplia para la fijación de los sueldos de sus empelados departamentales, potestad que incluía la de crear factores o elementos de salario. A partir de la reforma de 1968 es evidente que hubo una reforma sustancial, de manera que las competencias de los órganos de dirección de los entes territoriales se limitó a la potestad de determina las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleo.

[17] Artículo 127. Son atribuciones de los Concejos, que ejercer conforme a la Ley, las siguientes: "3. determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias, y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos.

reconocimiento se hicieron por fuera del marco legal de competencias y no se puede validar cuando en efecto su fundamento es ilegal o inconstitucional.

"(…) En tales circunstancias y de acuerdo con lo antes expuesto la Sala comparte la decisión proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en cuanto ***los factores prima de navidad extralegal, la prima de antigüedad vacaciones, prima de alto riesgo visual, quinquenio, prima de calor, solicitados en la apelación por la parte demandante no deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión, porque su creación se dio por fue por fuera del marco legal de competencias"****. (…)* (Se resalta).

De lo anterior se extrae que hasta antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 1968, las autoridades territoriales tenían la potestad de fijar sueldos para sus empleados, sin embargo, con posterioridad a tal año esta potestad quedó en cabeza del Congreso o el legislador extraordinario, situación que se mantuvo en vigencia de las Constituciones Políticas de 1886 y 1991. Ahora, válido es aclarar que en materia prestacional aquellas autoridades nunca han tenido competencia para crear algún tipo de prestación social, pues ni en vigencia de la Constitución de 1886, ni en la Constitución de 1991 se les confirió tal facultad.

Así las cosas, para determinar si una prima creada a nivel territorial como puede corresponder a una Empresa Social de Estado, una prima de servicios extralegal no puede ser reconocida por una entidad territorial, excepto se trate del marco de competencias legales y constitucionales del ente territorial en materia salarial, el cual se repite, se mantuvo solo hasta el año 1968.

De otra parte, si el acto territorial que reconoce la prestación es anterior al año 1968, pero el empleado que se beneficia de éste es vinculado al servicio de la entidad con posterioridad a tal año, la prestación reconocida tampoco podrá ser incluida como factor en la respectiva liquidación pensional, ni tiene posibilidad de ser creada vía acto administrativo de carácter local.

La prima de servicios aparece regulada en el orden nacional a través del artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 y es aplicable a los empleados del orden territorial por virtud del artículo 1 del Decreto 1919 de 2002. Con anterioridad a la expedición de la Carta Política de 1991, las autoridades locales carecían de competencia para crear dicha categoría de prestaciones sociales y si se reconoció eventualmente, la situación carece de legalidad.

Textualmente precisa la norma:

"La prima de servicio. Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año.

Así las cosas, si eventualmente a los empleados del orden municipal se les reconoció la prestación de prima de servicios pagadera en el mes de junio de cada año, esta no podía ser objeto de reconocimiento desde la expedición de la Constitución de 1886, salvo que su creación fuere de carácter legal. Eventualmente y por analogía podía aplicarse la norma legal (Decreto Ley 1042 de 1978), pero en ningún caso una norma de alcance local que definiera un emolumento superior al establecido en la norma legal.

8. EL CASO CONCRETO

Inicialmente debe decirse que tal y como lo reconoce la demanda y se hace referencia en el análisis del material probatorio allegado, el demandante es empleado del orden territorial ya que laboró para el Municipio de Santiago de Cali desde julio 6 de 1989.

En efecto, mediante Decretos 714 de julio 4 de 1989 y 1556 de diciembre 29 de 1995, el ahora demandante JAVIER HERNANDO MORENO MARMOLEJO, fue designado médico general de 2 horas de la Secretaría de Servicios Administrativos de la ciudad de SANTIAGO DE CALI, a partir de julio 6 de 1989 y enero 3 de 1996[18]. También laboraba para el Municipio en el cargo de Médico Cirujano 4 horas según consta en Decretos 1518 de noviembre 10 de 1992 y 1556 de diciembre 29 de 1995, a través de los cuales, el demandante fue designado como Médico Cirujano 1-4, de la misma entidad territorial, empleo del cual toma posesión en diciembre 28 de 1992 y enero 3 de 1996[19].

También se reitera que mediante Decretos 79 de febrero 9 de 1999 y 1094 de diciembre 13 de 1999, fue incorporado como Médico Especialista (provisional) y como médico general (provisional), cargos de los cuales tomó posesión el día 11 de febrero de 1999 y 15 de diciembre de 1999[20], sin que pudiera ser incorporado en carrera administrativa según consta en oficio de abril 17 de 2002[21].

Si laboró para el Municipio de Santiago de Cali a partir de julio 6 de 1989, no podía acceder a prestación social alguna de creación territorial, por cuanto la autoridad territorial carecía de competencia para crearla y eventualmente por analogía y por

[18] Folios 107 al 108 Cuaderno No. 1 A
[19] Folios 124 y 125; 126 y 127 Cuaderno 1 A; 187 Cuaderno 1 A
[20] Folios 203 y 204, 206 al 209 Cuaderno 1 A
[21] Folio 221 Cuaderno 1 A

virtud del principio de igualdad podría tener derecho a la remuneración siempre y cuando no fuere superior a la establecida en el Decreto Ley 1042 de 1978 artículo 58.

Al ser incorporado el demandante en el Hospital ISAÍAS DUARTE CANCINO a partir de la Resolución No. 01 de noviembre 28 de 2003, con fecha diciembre 1 de 2003, no varió su situación y como tal toma posesión del cargo de Médico Especialista de 4 horas[22], aunque para dicha época ya era aplicable el artículo 1 del decreto 1919 de 2002.

En relación con las denominadas primas extralegales, tenemos que al margen de que efectivamente fueron devengadas por el actora en el periodo de junio de 2012 y junio de 2014[23], es del caso mencionar que ello obedeció a una liquidación *"mal elaborada"*, dado que no está contemplada su liquidación en dicha forma por el Decreto 1042 de 1978 artículo 58, que la estipula únicamente en 15 días por cada año de servicios.

El demandante afirma desconocer el acto administrativo del orden territorial por virtud del cual la prestación que se reclama corresponde a 30 días por cada año de servicios y no a 15 días por cada año de servicios, conforme lo establece el Decreto Ley 1042 de 1978, argumento que no puede ser de recibo para el Juzgado al amparo de la jurisprudencia del Consejo de Estado, conforme a la cual es imposible reconocer primas de carácter extralegal.

Teniendo en cuenta lo anterior, y analizando el caso concreto, además se debe afirmar que la administración municipal nunca pudo tener competencia para fijar una prima de servicios y por ende nunca se podrá decir que le escondieron determinada disposición aplicable al demandante, porque la autoridad territorial nunca tuvo competencia para crear prestaciones sociales, ya que la competencia para ello, radicaba en cabeza del Congreso o del legislador extraordinario, razón por la cual no tendría sentido, ni se ajustaría a la lógica de lo razonable, que si en esa materia, no tienen competencia autoridades territoriales, dada la prevalencia del principio de unidad nacional, dicha prestación extralegal, contraria al ordenamiento jurídico, pudieran tener incidencia, y menos aún validar situaciones que son claramente inconstitucionales desde su origen.

[22] Folios 245 y 247 Cuaderno 1 A
[23] Ver nuevamente folios 325 al 331 Cuaderno No. 1 A

Además, se debe tener en cuenta que no es dable invocar derechos adquiridos con prerrogativas cuyo fundamento es inconstitucional e ilegal y la costumbre contraria al orden jurídico no hace tránsito a derecho adquirido, de manera tal que no se considera desvirtuada la presunción de legalidad que ampara el acto acusado.

Corolario de lo anterior, resulta imperativo negar las pretensiones de la demanda.

10. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre ***dispondrá*** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.[24], entre otras cosas, establece que:

"(…) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (…)".

Así las cosas, el referido artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación[25]:

"(…) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la ***errónea*** *interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma* ***objetiva****, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular,* ***lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión "dispondrá", lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (…)"*** (Se resalta).

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineludiblemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

[24] Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.
[25] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

*"**ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*"(…) **8.** Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."*

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo dicho, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santiago de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta lo expuesto en el presente proveído.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas en esta instancia, según lo expuesto en la parte motivada de proveído.

TERCERO: LIQUIDAR los gastos del proceso y **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere.

CUARTO: Cumplido lo anterior, **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI. De igual forma, se autoriza la expedición de las copias de esta sentencia en los términos del artículo 114 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez