

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2019-00116-00

DEMANDANTE: GONZALO BELLO CHÁVEZ

DEMANDADO: HOSPITAL MILITAR CENTRAL

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El señor Gonzalo Bello Chávez, identificado con C.C. N°. 2.976.681, a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra el HOSPITAL MILITAR CENTRAL, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

Que se declare la nulidad de los oficios Nos. E-00022-201800495 del 24 de mayo de 2018 y E-00022-2018007381 del 21 de agosto de 2018, suscritos por la jefe de la oficina jurídica del Hospital Militar Central, por medio de los cuales se negó al señor Gonzalo Bello Chávez el reconocimiento y pago de la totalidad de los salarios causados por recargos nocturnos y dominicales y festivos, y se resolvió un recurso, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho solicita se reconozca y pague la totalidad de los salarios y de los recargos nocturnos y dominicales y festivos. Con fundamento en ello, se deberán reliquidar las vacaciones y todas las prestaciones sociales (auxilio de cesantías, intereses sobre el auxilio de cesantías, primas, bonificaciones, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social y demás).

Que las sumas reconocidas en favor del demandante sean indexadas de las diferencias salariales a que haya lugar hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia, y se condene en costas y gastos procesales a la entidad demandada.

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se transcriben:

1. El señor Gonzalo Bello Chávez presta sus servicios al Hospital Militar central desde el 01 de noviembre de 1983, desempeñándose en la actualidad en el cargo de auxiliar de servicios en la unidad de salas de cirugía.
2. El demandante labora mediante el sistema de turnos que son previamente programados por esa entidad. La jornada nocturna inicia a las 06:00 p.m. y termina a las 06:00 a.m., de acuerdo a lo establecido en el artículo 34 del Decreto Ley 1042.
3. El accionante debe laborar durante los días domingos y festivos.
4. A partir del mes de mayo de 2018, el Hospital Militar Central empezó a pagar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social con algunos factores y salarios adicionales al sueldo básico.
5. El día 18 de abril de 2018, se solicitó por la vía gubernativa el reconocimiento y pago del reajuste de las prestaciones sociales y salariales.

6. La entidad demandada negó la solicitud de reliquidación de prestaciones mediante Oficio N°. 2018004495 del 24 de mayo de 2018.
7. Frente a la anterior decisión se interpuso recurso de reposición, el cual fue negado mediante Oficio R-00003-2018010967 del 22 de junio de 2018.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 1,2, 13, 25, 53, 58, 113, 123, 189 y 336 de la Constitución Política.

De orden Legal: Leyes 4ª de 1992, 344 de 1996, 244 de 1995 y 1071 de 2006, Decreto 2400 de 1968, Decreto Ley 3135 de 1968, Decretos 1042 y 1045 de 1978 y Decreto 2701 de 1988, Decreto 1158 de 1994, Ley 100 de 1993, artículo 18.

1.1.4 Concepto de violación¹.

El apoderado de la parte demandante considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse, como quiera que el valor pagado por concepto de recargos nocturnos, dominicales y festivos dada su naturaleza constituyen salario. En tal sentido, las cesantías, intereses a las cesantías, aportes pensionales, en salud y compensación familiar, bonificaciones y primas deben liquidarse con la inclusión de los valores percibidos por los recargos, pese a lo dispuesto en el Decreto 2701 de 1988.

No obstante, en materia salarial a los empleados del Hospital Militar Central debe aplicársele el régimen salarial contenido en el Decreto 1042 de 1978, el cual determina con claridad que la remuneración percibida por concepto de trabajo realizado en la jornada nocturna, en tiempo extraordinario o en días de descanso obligatorio, constituyen salario, por tal razón deben tenerse en cuenta para liquidar todas las prestaciones.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda²

¹ Folios 10-25.

² Folios 157-164.

El Hospital Militar Central contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Como fundamento de ello, sostiene que, al demandante, por ser funcionario del Hospital Militar Central, debe aplicársele el régimen prestacional dispuesto en el Decreto 2701 de 1988. En dicha norma no se incluye los recargos nocturnos, dominicales y festivos como factor salarial computable para efectos de liquidar prestaciones sociales y salariales, pese a su naturaleza. De manera que, la sola condición de salario de un determinado emolumento no es óbice para que se tenga como factor para liquidar las prestaciones sociales y salariales.

1.2.2 Audiencia Inicial³

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A. De modo que, al no existir medios probatorios por practicar, decidió prescindir de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en consecuencia, adelantó la audiencia de alegaciones y Juzgamiento del artículo 182 ibídem.

1.2.3 Alegatos

Se presentaron audiencia de alegaciones y juzgamiento, así:

Parte demandante: Reitera los fundamentos de derecho contenidos en la demanda. Solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada: Ratifica los argumentos de defensa contenidos en la contestación de la demanda. Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

Ministerio Público: Guardó silencio en esta etapa procesal.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1. CUESTIÓN PREVIA

³ Folios 283-288.

En primer lugar, advierte el despacho que en audiencia inicial adelantada el día 18 de febrero de 2020, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación contra el auto que denegó por improcedentes la práctica de la prueba de certificación jurada, e inspección judicial. El recurso de apelación fue concedido en el efecto devolutivo y en la actualidad se encuentra en trámite, sin que haya sido resuelto por el Tribunal Administrativo, en su sección segunda.

Atendiendo a lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 330 del Código General del Proceso, el *a-quem* se procede a emitir sentencia, sin que hasta la fecha se haya resuelto la apelación interpuesto.

2.2 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, en el presente asunto se pretende establecer: si el señor Gonzalo Bello Chávez tiene derecho a que Hospital Militar Central, le reajuste sus prestaciones sociales y salariales, teniendo en cuenta como salario lo percibido como recargos nocturnos, dominicales y festivos, de conformidad con los términos señalados en las pretensiones de la demanda.

2.3 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

- 1) El señor Gonzalo Bello Chávez presta sus servicios al Hospital Militar Central desde el 1 de noviembre de 1983, ocupando en la actualidad el cargo de auxiliar de servicios 6-1 33 (folio 171).
- 2) El demandante, el día 17 de abril de 2018, presentó derecho de petición⁴ ante la entidad demandada solicitando la reliquidación y pago de todas las prestaciones con la inclusión de los recargos nocturnos, dominicales y festivos.
- 3) Mediante Oficio N°. E-000222-2018004495 de 24 de mayo de 2018⁵, la entidad demandada negó la reliquidación de prestaciones sociales con la inclusión de los recargos nocturnos, dominicales y festivos.

⁴ Folios 40-49.

⁵ Folios 51-52.

- 4) Inconforme con la decisión adoptada por la entidad demandada, el accionante presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación⁶ en contra del Oficio N°. E-000222-2018004495 de 24 de mayo de 2018.
- 5) Que la actuación administrativa concluyó con la expedición del Oficio No. R-00003-2018-07381 de 21 de agosto de 2018⁷, por medio del cual resolvió un recurso de reposición contra el Oficio N°. E-00022-2018004495 del 24 de mayo de 2018.

2.4 Marco Normativo.

Atendiendo lo anterior, el despacho efectúa el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.4.1 Naturaleza jurídica del Hospital Militar Central

A fin de determinar si las disposiciones y derechos establecidos en el Decreto 1042 de 1978 le son aplicables al demandante, atendiendo que de conformidad con el artículo 1º del referido Decreto aquel solo le es aplicable a los funcionarios de ciertas entidades del orden nacional; es del caso analizar la naturaleza jurídica de la entidad accionada.

El artículo 40 de la Ley 352 de 1997, respecto de la naturaleza jurídica del Hospital Militar Central, dispone lo siguiente:

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

De otro lado, es preciso indicar que los funcionarios del Hospital Militar Central tienen un régimen especial, el cual está contenido en el Decreto 2701 de 1988, razón por la que en principio no les sería aplicable aspectos salariales establecidos

⁶ Folios 56-59.

⁷ Folios 55-58.

en otra norma; sin embargo, el artículo 23⁸ de dicho estatuto dispone que el Gobierno Nacional reglamentará el régimen salarial, situación que hasta la fecha no ha ocurrido, por lo tanto, se colige que en dicho aspecto existe un vacío normativo.

Frente a la anterior situación, el Consejo de Estado precisó que mientras se expide el Decreto que regule el régimen salarial especial de los funcionarios cobijados por el Decreto 2701 de 1988, entre ellos, los del Hospital Militar Central, se debe aplicar el Decreto 1042 de 1978, dada la naturaleza de la entidad demandada. Sobre el particular, dicha Corporación señaló:

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

(...)

El derecho legislado constituye un sistema normativo que prevé su propia integración, de manera que a quien lo aplica o lo interpreta, no le es dable excusarse de dirimir el conflicto o de interpretar la norma frente a la situación concreta, pretextando ausencia de norma expresa.

Sin embargo, este procedimiento de integración del derecho implica que la situación de hecho, no comprendida en norma expresa, sea en esencia igual a la razón de ser de la norma (**ratio juris**) que se aplica, para de esta manera hacer derivar, respecto de ella, los efectos de la hipótesis normativa.

Así las cosas, mientras se expide por el gobierno nacional, el régimen especial en materia salarial para los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados al Hospital Militar - conforme al mandato del artículo 46 de la ley 352 de 1997-, debe acudirse a la aplicación de las normas generales que regulan el asunto de la consulta, esto es, del decreto 1042 de 1.978, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 5ª de 1.978, aplicable a los empleos del sector central y descentralizado del orden nacional.”

De conformidad con lo expuesto, se concluye que en tratándose del régimen salarial, a los funcionarios del Hospital Militar Central le son aplicables las disposiciones relacionadas con dicho aspecto que estén contenidas en el Decreto 1042 de 1978, entre ellas, el artículo 39 que se refiere al descanso compensatorio.

2.4.2. Naturaleza Jurídica de los Recargos

Como su nombre lo indica, los recargos son el valor adicional que se paga al trabajador por laboral en una jornada laboral distinta a la ordinaria. Ello permite

⁸ “Artículo 23. Régimen Salarial. Los empleados y trabajadores oficiales que prestan sus servicios en el Hospital Militar Central para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos y subsidios **se regirán por las disposiciones legales que para esta clase de servidores haya establecido el Gobierno Nacional**”. (Negrita del Despacho).

inferir que es un pago de carácter retributivo, es decir, que tiene por finalidad remunerar en forma directa los servicios prestados por el trabajador cuando se prestan por fuera de la jornada ordinaria diurna, como es el caso del trabajo de los dominicales y festivos.

El artículo 34 del Decreto Ley 1042 de 1978 establece que la jornada ordinaria nocturna debe remunerarse con un recargo equivalente al 35% sobre el valor de la asignación mensual, siempre que la prestación del servicio se realice de forma permanente en dicha jornada (06:00 p.m. – 06:00 a.m.). Igualmente, el artículo 39 ibídem, determina que la prestación del servicio de manera habitual en dominicales y festivos debe retribuirse en un 100% adicional.

Ahora bien, el salario, entendido como la prestación efectuada por el empleador en beneficio del trabajador, es aquella remuneración de carácter habitual y periódico que tiene por finalidad compensar la prestación del servicio derivada de una relación laboral⁹. En efecto, la prestación económica (salario) que percibe el trabajador según lo dispuesto en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo constituye un elemento esencial de las relaciones laborales, aunque no se trata pues del elemento distintivo de aquellas.

Por su parte, el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, respecto de lo que debe entenderse pos salario prescribe lo siguiente:

ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. Modificado por el art. 14 de la Ley 50 de 1990. **El nuevo texto es el siguiente:** Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

El Decreto 1042 de 1978, aplicable a los funcionarios públicos, respecto del salario determina lo siguiente:

Artículo 42°.- De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.”

⁹ Convenio 95 de 01 de julio de 1949, sobre la protección del salario debe entenderse “la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.”.

A su turno en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, determina que pagos no constituyen salario:

ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. Modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

De las normas anteriores, se advierte que el Decreto 1042 de 1978, le da al salario una connotación de periodicidad y habitualidad, característica que no otorga el Código Sustantivo del Trabajo, pues en este último solo se requiere que la remuneración tenga como finalidad retribuir la prestación del servicio. Igualmente, el artículo 128 ibídem, determina que no constituyen salario aquellos pagos que el empleador efectúa al trabajador por mera liberalidad, desprendiéndose de ello, que dicho pago no tiene como finalidad la retribución directa del servicio.

Acerca de lo que se debe entender por salario, la H. Corte Constitucional en Sentencia C-521 de 1995, establece que

La regla general es que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales

Acorde a lo expuesto, se concluye en forma inequívoca que los recargos nocturnos, dominicales y festivos, constituyen salario, porque: i) es pagado como retribución directa del servicio, y ii) es percibido por trabajar de manera habitual o permanente en jornadas distintas a la jornada ordinaria

3. CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso, se tiene que el señor Gonzalo Bello Chávez presta sus servicios al Hospital Militar Central desde el 01 de noviembre de 1983, desempeñándose en la actualidad en el cargo de auxiliar para apoyo de seguridad y defensa.

El demandante prestaba sus servicios en el departamento de urgencias, por lo que, de manera habitual, debía prestar el servicio en la jornada nocturna como se evidencia en las planillas diarias de trabajo allegadas al expediente (folios 178-259). Como consecuencia de ello, la entidad demandada le reconocía y pagaba mensualmente los recargos a que hubiera lugar (folios 171-177)

No obstante, no le asiste la razón al demandante en tanto que, por expresa disposición legal, los recargos no constituyen factor salarial para la liquidación de la prima de servicio, la bonificación por servicios, las vacaciones y la prima de vacaciones y la prima de navidad; de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46¹⁰ y 59¹¹ del Decreto 1042 de 1978 y 17¹² y 33¹³ del Decreto 1045 de 1978.

Así mismo, el artículo 53 del Decreto 2701 de 1988, respecto de los factores computables para liquidar el auxilio de cesantías y las pensiones, determina lo siguiente:

¹⁰ **ARTICULO 46.** DE LA CUANTÍA DE LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS. <Modificado por los Decretos anuales salariales> La bonificación por servicios prestados será equivalente al veinticinco por ciento de la asignación básica que esté señalada por la ley para el cargo que ocupe el funcionario en la fecha en que se cause el derecho a percibirla. //Tal derecho se causará cada vez que el empleado cumpla un año de servicio. //Cuando el funcionario perciba los incrementos de salario por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto, la bonificación será equivalente al veinticinco por ciento del valor conjunto de la asignación básica y de dichos incrementos.

¹¹ **ARTICULO 59.** DE LA BASE PARA LIQUIDAR LA PRIMA DE SERVICIO. La prima a que se refiere el artículo anterior se liquidará sobre los factores de salario que se determinan a continuación: 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 de transporte. e) La bonificación por servicios prestados. Para liquidar la prima de servicios, se tendrá en cuenta la cuantía de los factores señalados en los ordinales precedentes a 30 de junio de cada año.

¹² **ARTICULO 17.** DE LOS FACTORES SALARIALES PARA LA LIQUIDACION 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; 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 de transporte; f. La prima de servicios; g. La bonificación por servicios prestados. En caso de interrupción de las vacaciones por las causales indicadas en el artículo 15 de este decreto, el pago del tiempo faltante de las mismas se reajustará con base en el salario que perciba el empleado al momento de reanudarlas.

¹³ **ARTICULO 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 de transporte; f. La prima de servicios y la de vacaciones; g. La bonificación por servicios prestados.

Artículo 53. FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario.

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

De acuerdo a lo expuesto, no es posible liquidar el auxilio de cesantías y los aportes a seguridad social en pensiones con la inclusión de los valores percibidos por recargo, atendiendo que el régimen prestacional especial que tiene el demandante no permite reconocer otros factores distintos a los establecidos en el Decreto 2701 de 1998, pues la lista allí contenida es taxativa como lo ha señalado el H Consejo de Estado¹⁴. Además, el régimen especial es más favorable que el régimen general, por cuanto incluye otros factores no establecidos en el Decreto 1158 de 1994, como lo son las primas de servicios, navidad, auxilios de alimentación y transporte, prima de vacaciones, entre otros.

Decisión.

Así las cosas, concluye este despacho que no es posible atender a las pretensiones de la demanda, en virtud a que, a pesar que al demandante le es aplicable el régimen salarial contenido en los Decretos 1042 y 1045 de 1978, no es posible incluir como factor salarial para liquidar las prestaciones salariales y sociales lo devengado por concepto de recargos. Se resalta que si bien, los recargos constituyen salario, cierto es que las prestaciones solo pueden liquidarse con cada uno de los emolumentos fijados por el legislador para tal efecto.

¹⁴ CE, SCA, SS, sentencia de 23 de septiembre de 2010, Rad. N°. 1122-2009.

En consecuencia, se evidencia que el acto administrativo acusado no incurrió en las causales de nulidad allegadas por la parte accionante, por ello, la presunción de legalidad que sobre aquel recae permanecerá incólume, y en tal sentido, las pretensiones de la demanda deberán desestimarse.

COSTAS

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que “salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso”¹⁵.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos “...en que haya controversia...” y “...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

¹⁵ Artículo 366 “Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

(...)

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

(...)

Así que de conformidad con lo previsto en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 del Código General del Proceso, no se condenará en costas (gastos del proceso y agencias en derecho) en esta instancia, comoquiera que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, como tampoco se encuentran probadas en el proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. DENEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

CUARTO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Juez