



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, cinco (05) de febrero de dos mil quince (2015)

Ref. Nulidad y Restablecimiento
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2013-00272-00
Demandante: JULIO MIGUEL MENDOZA MENDEZ
Demandado: MUNICIPIO DE SINCELEJO – SUCRE

Tema: Reconocimiento y pago de Prestaciones Sociales.

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en el artículo 179 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA (fs. 1 al 7).

1.1.1. Partes.

- Demandante: **JULIO MIGUEL MENDOZA MENDEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No.92.496.539 expedida en Sincelejo, quien actuó a través de apoderado judicial (fol. 8 del exp).
- Demandado: **MUNICIPIO DE SINCELEJO - SUCRE**. Representado en el proceso por su apoderada Dra. ROSARIO MERCEDES BETIN MONTES, Identificada con la C.C. N° 51.792.520 de Bogotá, y T.P. N° 57.673 del C. S. De la J.

1.1.2. Pretensiones.

Primera: Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N°0101.10.02-318 de fecha 08 de abril de 2013, notificado en la misma fecha, acto administrativo expedido por la Administración Municipal De Sincelejo, representada legalmente por su alcalde, o quien haga sus veces, dicha actuación administrativa nace del escrito

de la reclamación administrativa, presentada el 11 de marzo de 2013 a través de apoderado.

Segunda: Que a título de Restablecimiento del Derecho la entidad demandada, reconozca y cancele al demandante los siguientes conceptos:

2.1. El pago de las prestaciones sociales a que tenía derecho, prestaciones estas que no han sido canceladas por la entidad territorial, tales como: **Prima de servicios y bonificación por servicios prestados**, de conformidad con las disposiciones legales establecidas en el decreto nacional 1042 de 1978, decreto 1919 de 2002 y demás disposiciones legales del orden nacional que regulan estos factores salariales, tal y como se sustentara en libelo de la demanda y los efectos o incidencia de estas prestaciones en la liquidación de los demás factores constitutivos de salario devengados por el accionante.

2.2. Que se repare integralmente el daño padecido por el actor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, y el inciso 1º del artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, y por ende que se sigan reconociendo estas prestaciones hasta que estuviere vigente la relación laboral.

Tercera: Que el reconocimiento respectivo sea actualizado de conformidad con lo previsto en el artículo 192 de la ley 1437 de 2011, aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha en que debió reconocérsele el derecho aquí reclamado hasta que se verifique el pago total de las obligaciones adeudadas.

Cuarta: Que la entidad demandada de cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 de la ley 1437 de 2011.

Quinta: Que se efectuó el pago oportuno, o en su defecto la entidad demandada deberá liquidar los intereses comerciales y moratorios, como lo ordena el artículo 192 de la ley 1437 de 2011.

Sexta: Que se condene en costas procesales y agencias en derecho a la entidad demandada de conformidad con el artículo 188 de la ley 1437 de 2011.

1.1.3. Hechos.

Como sustento de sus pretensiones, el accionante expuso los hechos que el despacho **sintetiza**, así:

1.- Indica el actor, que se desempeñó como empleado público del municipio de Sincelejo nombrado mediante acto administrativo y debidamente posesionado.

2.- Señala que, para la fecha de la presentación de la demanda se encontraba vinculado en la planta de personal como **técnico administrativo** código **367** grado **27** y cumple con las funciones asignadas por la constitución, la ley y el manual de funciones y las que sean asignadas por sus superiores jerárquicos.

3.- Manifiesta el accionante que durante el tiempo de la relación laboral existente entre el municipio de Sincelejo, ha recibido salarios y prestaciones sociales por los servicios prestados, que no son los mismos a los percibidos por los empleados públicos del orden nacional.

4.- Que de conformidad con el decreto 1919 de 2002, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del nivel central y descentralizado de las Entidades Municipales y Departamentales, como es del caso, será el señalado para los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional.

5.- Que los empleados públicos del orden nacional reciben como contraprestación por sus servicios a título de salarios y prestaciones sociales, los derechos salariales y prestacionales señalados en las normas contenidas del artículo 42 al 60 del decreto 1042 de 1978, prestaciones estas que son las siguientes: incremento por antigüedad, gastos de representación, prima técnica, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, prima de servicios, bonificación por servicios prestados y viáticos y de conformidad con el decreto 1919 de 2002 bonificación por recreación.

6.- Que al comparar los salarios y prestaciones sociales percibidas observa claramente, que no se le reconocieron los salarios y prestaciones sociales a que tenía derecho, a pesar de haberse equiparado su régimen salarial y prestacional al de los empleados públicos del orden nacional, es decir, le seguían aplicando el régimen de empleados públicos territoriales, mas no las normas que rigen las relaciones laborales a los empleados públicos del orden nacional, que es la norma general aplicable a estos casos.

7.- Que el actor mediante apoderado judicial presento memorial de agotamiento de la vía gubernativa, el 11 de marzo de 2013, donde solicita el reconocimiento y pago de sus factores salariales, recibiendo respuesta el 08 de abril de 2013, mediante oficio No. 0101-10.02.-318, el cual fue notificado el 08 de abril de 2013, negándosele los derechos reclamados.

8.- Que el acto administrativo expedido por el municipio de Sincelejo, el cual es demandado contraria la circular No 0606 del 17 de agosto de 2004, expedida por la misma entidad, que establece los parámetros para la elaboración del plan plurianual de inversión y proyecto de acuerdo al presupuesto de rentas y gastos del presupuesto general para el municipio de Sincelejo vigencia fiscal 2005, habida cuenta que en esta circular la administración municipal señala las normas que regulan las prestaciones sociales y los

factores que para su liquidación y dentro de estos factores están señalados los conceptos que reclama.

1.1.4. Normas violadas y concepto de la violación.

Como normas violadas el demandante invoca las siguientes:

- De la Constitución Nacional: 1, 2, 4, 13, 23, 25, 29, 53, 93 inciso 3 y 122 y siguientes, 150-5, 150-19, 287, 300-7, 205-7, 3013.
- Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos
- Decreto 1042 de 1978 artículos 45,46 y 58.
- Decreto 1045 de 1978.
- Ley 4 de 1992 artículos 1 y 12.
- Artículo 16 Ley 446 de 1998.
- Decreto 1919 de 2002.

Como planteamiento general, manifestó que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos se encuentran sujetos a reserva de la ley (art. 150 numeral 19 literal e) del C.P.), de conformidad con esta disposición el congreso expide la ley 4 de 1992. Conforme a esa ley, se afirma que el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será el fijado por el gobierno nacional, para lo cual se señaló, el límite máximo salarial de estos servidores, deberá guardar equivalencia con los cargos similares del orden nacional. Sobre este punto se cita la sentencia C-315 de 1995, dejando claro que el legislador al establecer como medida, el mismo régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden nacional con los del orden territorial, tomo una decisión razonable, y por lo tanto proporcional, ya que es lógico que exista el mismo tratamiento tanto a los empleados de la nación como al de los entes territoriales y al no hacerlo se vulnera el principio de igualdad consagrado en la ley.

Al actor debe reconocérsele los salarios y prestaciones sociales definidas por el decreto 1042 de 1978, ya que de conformidad con las normas señaladas, el régimen prestacional y salarial de los empleados del orden territorial es el mismo de los del orden nacional, por lo que se les debe reconocer a dichos empleado las prestaciones sociales y los factores salariales propios de estos empleados, el no hacerlo vulnera el derecho constitucional a la igualdad, el principio de progresividad y las normas que reglamentan el tema.

Manifiesta que el gobierno nacional en uso de las facultades otorgadas en la ley 4 de 1992 expidió el Decreto Nro. 1919 de 2002 que estableció en el artículo 1 que los empleados públicos vinculados o que se vinculen a entidades del sector 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 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 señaladas para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional. Las prestaciones sociales se liquidarán con base en los factores para ellas establecidas.

Relaciona jurisprudencia del Consejo de Estado en la cual se ha edificado su planteamiento frente a la aplicación del Decreto 1042 de 1978 por lo cual el régimen salarial establecido en el Decreto 1919 de 2002 con el cual se estableció el de los empleados públicos se reguló también el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales del nivel territorial.

Argumenta que el Decreto 1042 de 1978 que se aplica a los empleados del orden nacional, consagra la bonificación por servicios prestados en el art. 45, la prima de servicios en el art. 58 auxilio de alimentación en el art. 51, y en los Decretos 451 de 1984, 25 de 1995 y cada año los decretos que fija los salarios para empleados se consagra la prima de recreación. Sin embargo que el Consejo de Estado ha inaplicado la expresión “Orden Nacional” de las normas que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales, para reconocer a los empleados territoriales dichas prestaciones, concluyendo que el actor tiene derecho a que se le reconozca y liquide los factores salariales del Decreto 1042 de 1978 y con fundamento en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 se valoren los daños causados atendiendo el principio de reparación integral.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

Al presente proceso se le ha dado el siguiente trámite procesal:

- Presentación de la demanda en oficina judicial el 09 de septiembre de 2013 y recibida en este despacho el día 10 de septiembre del mismo año.¹
- La demanda fue inadmitida, mediante auto del 17 de Septiembre de 2013.²
- Subsana la misma se procedió a su admisión, ordenando notificar a las partes.³
- Vencidos los términos se observa que la demanda fue contestada dentro del término por parte de la entidad demanda.⁴
- Mediante auto del 31 de julio de 2014, se señaló fecha para audiencia inicial⁵.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El Municipio de Sincelejo, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal, mediante escrito en el que se opuso a las pretensiones de la parte actora, con fundamento en que carecen de sustento factico y jurídico para reclamar derechos que no tienen. Explicaba además, que la prima de servicio y la bonificación por servicios constituyen acreencias

¹ Folio 27

² Folios 29 y reverso

³ Folios 35 y reverso – 41 al 42

⁴ Contestación presentada el 09 de mayo de 2014, folios 53 al 57 del Exp.

⁵ Folio 64 del Exp.

laborales que conforme a la normatividad prevista en el decreto 1042 de 1978, solo fueron establecidas para los empleados del orden nacional, sin incluirlas para los empleados públicos del orden territorial. Si bien es cierto las entidades territoriales no pueden arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos pues esta es una función reservada al Gobierno Nacional.

Así mismo, manifestó la parte demandada frente a los hechos que: el primero, el segundo, el sexto y el séptimo, son ciertos; al tercero, cuarto y octavo, no son ciertos; al quinto manifiesta que no se trata de un enunciado factico, sino una afirmación derivada de la interpretación de normas jurídicas, y su contenido se deriva del imperativo contenido en el decreto 1042 de 1978, que establece las prestaciones sociales percibidas por los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional.

Finalmente, propuso la excepción de **Existencia De Pronunciamiento De Exequibilidad – Cosa Juzgada Constitucional**, por considerar que aunque el consejo de estado se venía inaplicando por inconstitucionalidad las expresiones “del orden nacional”, contenidas en el decreto 1042 de 1978, ya este decreto en ese asunto específico tuvo el control de constitucionalidad declarándose exequibles dichas expresiones, por lo que la regulación del mencionado decreto es exclusiva a los empleados del orden nacional y no puede hacerse extensiva a los empleados del orden territorial.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Parte demandada alego de conclusión en forma oral en el desarrollo de la Audiencia Inicial, los cuales pueden ser escuchados en el CD de la diligencia en el minuto 15:09:00.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA:

El juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causal de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Pretende el actor que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 0101-10.02-318 del 08 de abril de 2013, notificado el 08 de abril de 2013, expedido por la administración Municipal de Sincelejo en el que se le da respuesta de manera negativa a la petición realizada por el accionante.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

Acorde con lo advertido en la etapa de fijación del litigio, el debate en el sub examine, estriba, en establecer si “el actor tiene derecho como empleado público del orden municipal al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que reciben los empleados públicos del orden nacional, cuyas prestaciones están reguladas por los decretos 1042 de 1978 y 1919 de 2002”.

En atención a ello, corresponde al Despacho en aras de desatar la Litis, referirse al régimen salarial de empleados del sector público, su desarrollo jurisprudencial, la prueba de sus elementos, para luego descender al análisis de sus elementos en el caso concreto.

3.- DESARROLLO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

3.1. Régimen salarial:

La Constitución Política de 1991, en acogimiento a la Constitución de 1986, mantuvo el concepto de salario, en cuanto estableció en el artículo 150, numeral 19, literal e), que corresponde al Congreso dictar normas generales y señalar en ella los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Así mismo, consagra algunas competencias que en materia de salarios le corresponde a las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, así como gobernadores y alcaldes, de forma que todas estas autoridades concurren en el establecimiento del régimen salarial, con sujeción en la Constitución Política y a la Ley.

En ese mismo sentido, señalo la Corte Constitucional e Sentencia C-510 del 14 de julio de 1999 MP Dr. Alfredo Beltrán Sierra:

“Existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, así: primero, el Congreso de la Republica, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de éste régimen. Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar solo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero, las asambleas departamentales y concejos municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto, los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las asambleas departamentales y concejos municipales, en las ordenanzas y acuerdos

correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional”.

A tono con lo anterior, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en providencia del 30 de junio de 2011, señaló:

“... Así las cosas, la carta de 1991 reservo la facultad de fijar el régimen salarial de los empleados públicos en cabeza del Congreso Nacional, sin perjuicio de la competencia asignada a las Asambleas Departamentales y a los Consejos Municipales para determinar las escalas salariales.

Esta Corporación ha sostenido que la facultad atribuida a las Asambleas y Concejos para fijar las escalas salariales es para determinar los grados o niveles para las distintas categorías de empleos y no para crear elementos salariales o factores salariales. ...”

3.2. Régimen prestacional:

A partir de la Constitución de 1991, la competencia es concurrente entre el Congreso de la Republica y el Gobierno Nacional.

En efecto, en el artículo 150 numeral 19 literal e), dispone que el Congreso expedirá la Ley marco a través de la cual señale los criterios y objetivos que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional para determinar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos y para determinar el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales. Y agrega la norma: **“estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y estas no podrán arrogárselas”.**

Conforme lo anterior, queda claro que corresponde única y exclusivamente al Presidente de la Republica fijar el régimen prestacional de los empleados públicos de los entes territoriales con sujeción a los parámetros establecidos por el legislador en la Ley 4 de 1992.

3.3. Régimen Salarial y Prestacional de los Empleados Públicos de Orden Territorial.

Mediante concepto de fecha 18 de julio de 2002 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Honorable Consejero Flavio A. Rodríguez Arce, se afirmó que:

“En las entidades territoriales, administración central y descentralización, en el Distrito capital, las prestaciones sociales y factores salariales, son las determinadas por la ley, y no lo originado en Acuerdo del Consejo, Decreto del Alcalde, Acuerdo de Junta Directiva o Resolución de dirección de entidad descentralizada o acta de convenio sindical”.

Siguiendo dicha orientación, se expidió el Decreto el 1919 de 2002, “Por el cual se fija el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial” , conforme el cual, a partir del 1 de septiembre de 2002, todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades de los niveles departamental, distrital y municipal, tendrán el régimen de prestaciones sociales y factores salariales previstos en la ley para los empleados públicos del nivel nacional, que en su artículo 1º, dispone:

“Artículo 1.- 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.” (Negritas fuera de texto).

El Gobierno Nacional con la expedición del Decreto 1919 de 2002⁶, buscó equiparar el régimen de prestaciones sociales, de los empleados de la rama ejecutiva del nivel departamental y municipal, con el régimen que gozan los empleados de la misma Rama del Poder Público del Nivel Nacional; es decir, permitir que les sea aplicable el mismo régimen señalado para los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional a los del nivel Municipal.

Por su parte, la tesis del Consejo de Estado frente al Decreto 1919 de 2002, nos guía a proteger el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, señalando que con fundamento en el artículo 4, debe inaplicarse la expresión “del orden nacional”, contenida en el Decreto 1042 de 1978, que contempla la prima de servicios y la bonificación por servicios para los empleados del orden nacional, ello con el objetivo de hacer extensivas tales prerrogativas a los servidores territoriales.⁷

⁶ Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial.

⁷ Sentencia del 27 de septiembre de 2007, expediente No 4327-2005, Consejero Ponente Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado y sentencia del 23 de agosto de 2007, expediente No 0176-2004, Consejero Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante. Rad: 2001-01674, Actor: Reinaldo Castañeda Parra. Acción de Nulidad y Restablecimiento instaurada por la actora en calidad de empleado público del orden territorial del municipio de Ramiriquí, Boyacá. Dirigida a obtener la nulidad de los actos administrativos por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago “prima de servicios, prima de alimentación, subsidio de transporte y el suministro de la dotación de calzado y vestido de labor, o su compensación, y las prestaciones causadas durante el tiempo en que estuvo vinculado con el municipio”, esto de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978.

Sobre este mismo tema, ha expresado el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de inaplicar la frase “del orden nacional” contenida en el Decreto 1042 de 1978, dando paso de esta manera a que los servidores territoriales puedan obtener privilegios prestacionales y salariales propias de los empleados del nivel nacional.

Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado en múltiples sentencias, señalando lo siguiente:

“La prima de servicio y la bonificación por servicios constituyen acreencias laborales que conforme a la normatividad prevista en el Decreto 1042 de 1978 sólo fueron establecidas para los empleados del orden nacional, sin incluirlas para los empleados públicos del orden territorial.

Si bien es cierto las entidades territoriales no pueden arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos pues esta es una función reservada al Gobierno Nacional, esta Corporación en aras de proteger el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la C.P., y con fundamento en el artículo 4 ibídem, ha inaplicado la expresión “del orden nacional” de las normas que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales, para reconocer a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional.

En criterio de la Sala, se inaplica la expresión “del orden nacional” del artículo 1 del decreto 1042 de 1978, con el propósito de hacer estas prestaciones a los empleados del orden territorial.

Esta ha sido la filosofía que inspiró el legislador al expedir el Decreto 1919 de 2002, en tanto que extendió el régimen salarial y prestacional de los empleados nacionales al de los territoriales, cuando textualmente estableció en su artículo 1º que los empleados de los entes territoriales “gozarán del régimen de prestaciones sociales señalando para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional (...)”.⁸

Dentro del contexto normativo señalado, y según lo dispuesto por el Consejo de Estado, se concluye que en cuanto a la Prima de Servicios, según lo dispuesto por el Decreto 1919 de 2002, ésta debe ser otorgada a todos los empleados de la rama ejecutiva del poder público sin importar el orden territorial al que pertenezcan, siempre y cuando no estén regulados por regímenes especiales que los exceptúen de ser acogidos por el régimen general u ordinario.

⁸ C.E. Sección Segunda, Sentencia 27 de septiembre de 2007. Exp. No. 4327 – 2005. C.P. ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO. En el mismo sentido obsérvese sentencia del 6 de agosto de 2008. Exp. 0507 –2006. C.P GERARDO ARENAS MONSALVE y sentencia del 23 de agosto de 2007. Exp. 0176-2004. C.P. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE.

El Consejo de Estado no ha sido unánime, pues existen pronunciamientos en sentido contrario, en los que se destaca la sentencia de fecha 23 de octubre de 2008, radicado N° 08001-23-31-000-2001-00881-01(0730-07), Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en la que expresó:

“En lo concerniente a la prima anual de servicios, la Sala aprecia que el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 consagra su reconocimiento para los funcionarios a quienes se aplica el citado Decreto, quienes tendrán derecho a aquélla siendo equivalente a quince (15) días de remuneración, que se pagará en los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año. El mencionado Decreto 1042 de 1978, se aplica para los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional. A su turno, expresa el artículo 42 ibídem, que 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 y se menciona como factor salarial la prima de servicios. Ahora bien, el artículo 1º del Decreto 1919 de 2002, hizo extensivo el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional para los empleados públicos vinculados o que se vinculen, entre otros órganos a las Personerías Distritales. En ese orden, examina la Sala, que la pretensión de la demanda referida al reconocimiento de la prima de servicios no tienen vocación de prosperidad por cuanto el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 no puede ser aplicado al orden territorial por remisión del artículo 1º del Decreto 1919 de 2002 dado que dicha acreencia laboral tiene una connotación salarial y no prestacional”.

Como quiera que no es unánime la posición del Consejo de Estado, considera esta agencia judicial que no existe dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa una directriz o decisión de la Sala Plena a la que pueda acudir para valorar los planteamientos de la parte demandante, en cuanto a la efectiva aplicación del Decreto 1042 de 1998 por lo cual se acude a los planteamientos expuestos por la Sala Plena de la Corte Constitucional en fallo reciente con el cual se estudió la inconstitucionalidad de unos artículos del mencionado Decreto 1042 de 1998.

En efecto, la Honorable Corte Constitucional, en pronunciamiento contenido en la sentencia C-402 de 3 de julio de 2013, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio del Control Constitucional ha Declarado EXEQUIBLES, los cargos analizados en esa sentencia, de la expresión del “orden nacional” contenidas en el artículo 1º del Decreto 1042 de 1978, explicando lo siguiente:

“La aplicación del principio de concurrencia en la determinación del régimen salarial de los servidores de la Rama Ejecutiva en el orden territorial. Reiteración de jurisprudencia.

5. La Corte se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca de las reglas sobre la concurrencia de competencias del Congreso, el Gobierno y las entidades territoriales, respecto a la fijación del régimen salarial de los servidores públicos adscritos a estas últimas.⁹ Por ende, en este apartado se sintetizarán las reglas fijadas por ese precedente, como se explica a continuación.

6. De manera general, las normas constitucionales aplicables a la materia determinan un régimen articulado y concurrente para el ejercicio de las competencias mencionadas. Esta fórmula parte de lo regulado por el numeral 19 del artículo 150 C.P., precepto que determina aquellos ámbitos en donde el Constituyente determinó la expedición de leyes marco, a través de las cuales el Congreso dicta las normas generales que contienen los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular diferentes asuntos. Uno de ellos, previsto en el literal e) ejusdem, corresponde a la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública. Esta misma disposición prescribe una restricción consistente en que el ejercicio de la mencionada facultad, cuando se trata de prestaciones sociales, es indelegable por el Ejecutivo a las corporaciones públicas territoriales, quienes también tienen vedado arrogárselas.”

En otro aparte de la citada providencia, la Corte mencionó que la jurisprudencia ha establecido las competencias dentro del Estado para establecer el régimen salarial de los servidores públicos y que estas son dos premisas: (i) la necesidad de reconocer la vigencia del principio de Estado unitario, que impone que sea el Congreso y el Gobierno los que fijen las reglas generales en materia de régimen salarial de los servidores públicos; y (ii) la imposibilidad de vaciar las competencias constitucionales de las entidades territoriales sobre la determinación de las escalas salariales y los emolumentos de sus servidores estatales que integran la Rama Ejecutiva en ese ámbito local.

En otras palabras, frente al régimen salarial de los servidores de la Rama Ejecutiva en el nivel territorial, opera un mecanismo de armonización entre el principio del Estado unitario, que se expresa en la potestad del Congreso de prever objetivos y criterios generales y del Gobierno de prescribir la regulación particular, y el grado de autonomía de las entidades territoriales, que comprende la facultad para fijar las escalas de remuneración y los emolumentos correspondientes, en concordancia con el marco y topes previstos en la ley, es decir los concejos municipales y asambleas departamentales con las facultades consagradas en la constitución artículos 313 numeral 6 y 300 numeral 7. De igual manera

⁹ Corte Constitucional, sentencias C-112/93, C-315/95, C-054/98, C-1218/01 y C-173/09.

tienen competencia los gobernadores y alcaldes facultades señaladas en los artículos 305 numeral 7 y 315 numeral 7 respectivamente para crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a las normas dictadas por las corporaciones de cada entidad territorial, competencias que ya han sido estudiadas por la Corte Constitucional en sentencias C-112/93, C-315/95, C-054/98, C-1218/2001 y C-173 de 2009.

En cuanto a la valoración encaminada a determinar si hay vulneración del principio de igualdad, que en el presente asunto alega el actor se le ha violado, considerando que al no liquidarle a él, las prestaciones sociales que le son aplicables a los empleados del orden nacional, se acude por parte del Despacho, a las premisas que ha tenido en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, también estudiada y reiterada en la sentencia C-402 de 3 de julio de 2013, para comprobar si se ha violado este principio, sobre la base de las tres premisas definidas para ello:

- 1. La primera consiste en la determinación suficiente acerca de los sujetos o situaciones jurídicas particulares y concretas respecto de la cual se predica el tratamiento desigual. Por ende, no puede plantearse un juicio de igualdad si los extremos del presunto tratamiento no están definidos con estas condiciones.*
- 2. La segunda premisa la conforman las razones que hacen que los mencionados sujetos o situaciones jurídicas sean comparables, aspecto que la jurisprudencia ha denominado como la construcción del tertium comparationis. Esta condición puede considerarse como el centro de la discusión acerca del juicio de igualdad, pues ofrece las consideraciones mínimas para determinar por qué una pluralidad de sujetos o posiciones jurídicas deben recibir idéntico tratamiento por parte del ordenamiento jurídico.*
- 3. La tercera premisa corresponde a la identificación, si a ello hay lugar, de una previsión de rango constitucional que justifique la adopción de un tratamiento distinto entre sujetos o posiciones jurídicas que prima facie deben estar reguladas por el ordenamiento de manera análoga.*

De igual manera se acude a sentencias proferidas por la Corte en las cuales ha reiterado estas exigencias mínimas de las demandas basadas en posible vulneración del artículo 13 superior. Así, por ejemplo, se ha dicho que la demanda “*debe suministrar un principio mínimo o indicativo de respuesta a tres preguntas básicas indispensables para garantizar un debate racional en sede judicial de constitucionalidad: ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterio?*”¹⁰; que “*no es suficiente afirmar que existe un*

¹⁰ Tres preguntas básicas indispensables, que deben ser resueltas por la Corte Constitucional para resolver un cargo por violación del principio de igualdad. Véanse las Sentencias C-022 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Pero la Corte Constitucional sólo puede admitir y resolver de fondo una demanda, si el demandante delimita adecuadamente su cargo, por la vía de ofrecer un principio de respuesta mínimo a esos tres interrogantes

¹¹ Sentencia C-714/09. La Corte se abstuvo de hacer pronunciamiento de fondo sobre una demanda que alegaba que era discriminatorio que una exención tributaria sólo se aplicara a inversiones realizadas sobre activos fijos reales productivos.

trato diferenciado sino que es ineludible, para estructurar un verdadero cargo de inconstitucionalidad, que el actor precise cuáles son los grupos, regímenes jurídicos¹² o situaciones que se comparan¹³, la diferencia de trato establecida en las normas demandadas y las razones por las cuales considera que se debió dar un tratamiento diferente al grupo presuntamente afectado.”¹⁴; y que “por la naturaleza relacional del juicio de igualdad, es necesario que se precise con claridad, suficiencia, pertinencia, especificidad y certeza cuáles son los sujetos cuyo cotejo se propone, cuál es el criterio de comparación escogido y cuáles son las razones por las que se acudió al mismo. De igual manera, si se tiene en cuenta que la correcta interpretación del principio de igualdad no supone la prohibición de la diferencia sino el reproche a la discriminación, al demandante no sólo corresponde presentar argumentos para demostrar que la ley estableció el trato diferente a dos supuestos fácticos iguales, sino que dicho trato no tiene una justificación razonable, proporcional y suficiente que lo autorice”¹⁵.

En el caso que se estudia, es importante resaltar que la comparación hace relación entre beneficios laborales que pertenecen a regímenes distintos, y de acuerdo a la jurisprudencia, el juicio de igualdad solo es posible cuando se acrediten argumentos relativos a la definición de “(i) *con claridad los grupos involucrados*, (ii) *el trato introducido por las normas demandadas que genera la vulneración del derecho a la igualdad* y (iii) *qué justifica dar un tratamiento distinto al contenido en las normas acusadas*”, ¹⁶toda vez que “*la realización de la igualdad no le impone al legislador la obligación de otorgar a todos los sujetos el mismo tratamiento jurídico, ya que no todos se encuentran bajo situaciones fácticas similares ni gozan de las mismas condiciones o prerrogativas personales e institucionales.*”¹⁷

Con lo expuesto, para el juicio de igualdad planteado por el actor, debe demostrarse que el beneficio laboral correspondiente es extrapolable del régimen en que se encuentra inserto es decir que el beneficio de los empleados “del orden nacional” es aplicable al régimen en que éste se encuentra y que, no existe ninguna razón constitucionalmente atendible para el tratamiento diferente. Si estos requisitos no están presentes, se está ante la inexistencia de

¹² Sentencia C-1125 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹³ Por cuanto el derecho a la igualdad es de contenido relacional y porque “...*bajo el presupuesto de que prima facie todas las personas son iguales ante la ley, no se puede concluir que el legislador tiene prohibido tener en cuenta criterios de diferenciación para proveer un trato especial frente a situaciones que en esencia no son iguales; entonces, si frente a diferencias relevantes los sujetos en comparación no son iguales, son susceptibles de recibir un trato diferente siempre que exista una justificación constitucional y la medida no sea desproporcionada*”. C-258 de 2008. Además ha dicho la Corte que “*la realización de la igualdad no le impone al legislador la obligación de otorgar a todos los sujetos el mismo tratamiento jurídico, ya que no todos se encuentran bajo situaciones fácticas similares ni gozan de las mismas condiciones o prerrogativas personales e institucionales*”. C-1115 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁴ Sentencia C-681/09, en la que se demandaba la posible discriminación originada en la imposición de una carga parafiscal a los vendedores de juegos de suerte y azar,

¹⁵ C-667/09, en la que los demandantes consideraban que una norma del Código de Procedimiento Civil vulneraba el artículo 13 de la Constitución. En este, como en los demás casos citados, la Corte se inhibió de hacer pronunciamiento de fondo.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-913 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1115 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil).

los presupuestos para la conformación del *tertium comparationis*, imprescindible para inferir un trato discriminatorio injustificado.

Ahora bien, también la Corte debe resaltar que esa improcedencia general no puede comprenderse de manera tal que valide la exequibilidad de tratamientos diversos que (i) se funden en categorías constitucionalmente prohibidas; o (ii) no encuentren justificación en una finalidad compatible de la Carta Política. Por lo tanto, en aquellos casos en que sea posible acreditar uno de estos supuestos, podría alegarse la concurrencia de un tratamiento discriminatorio contrario al derecho a la igualdad.

4.- CASO CONCRETO.

En el caso en particular, se encuentra probado que, el demandante en la actualidad presta sus servicios al Municipio de Sincelejo, en el cargo de Técnico administrativo, código 367, grado 27, que fue nombrado y posesionado en la entidad territorial, tal como lo afirma en el hecho primero y es aceptado por el demandado en su contestación.

De acuerdo con lo probado en el proceso y el análisis jurisprudencial realizado, la posición adoptada por la Corte Constitucional en la referida sentencia C-402 de 2013, y demás jurisprudencia que hace relación a la valoración del derecho a la igualdad no hay argumento de peso que permita determinar que efectivamente se le vulneren los derechos al actor, teniendo en cuenta que el mismo Decreto trajo la excepción aplicable a los empleados territoriales, la misma Constitución establece las normas generales aplicables a todos los trabajadores, y así mismo establece las facultades de las entidades territoriales para establecer las normas aplicables a los empleados de su jurisdicción, facultad que no se puede suprimir o impedir el ejercicio de tales facultades, ni el Gobierno ni el Congreso porque así se presentaría una vulneración al texto constitucional, al presentarse una violación a la autonomía de las entidades territoriales, disponiendo de la capacidad de gestión de cada ente o entidad territorial.

En el caso concreto se evidencia que no hay lugar a la comparación de igualdad en relación a la naturaleza de los cargos, grado de responsabilidad, requerimientos de la entidad frente a los cargos, clase o calificación profesional requerida y no se puede comparar desde luego la capacidad económica de una entidad nacional con la capacidad de una entidad territorial, pues serían inviables muchos Municipios y Departamentos si se aplicara el mencionado decreto, pues no tienen la capacidad económica o recursos suficientes para sufragarlos.

Ello significa, que lo pretendido por el actor no tiene vocación de prosperar debido a que es un empleado del orden territorial, al que no le es aplicable el régimen salarial regulado por el Decreto 1042 de 1978, ya que hace parte de un régimen salarial diferente al de empleado público del orden nacional.

En conclusión, para el Despacho el demandante no ha logrado probar, en que consiste su afectación o la violación al derecho a la igualdad que alega, en el Decreto aplicable a los empleados del “orden nacional” y los demás regímenes con los cuales solicita se compare son necesariamente distintos, en cuanto a las clases de cargos, profesión responsabilidad, pues no demostró que en las entidades del orden nacional exista cargo similar al de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 27 que desempeña, el cual cumpla las mismas funciones que el desempeña, con los beneficios que le otorga el decreto, por lo cual no se accederá a las pretensiones.

5. CONDENAS EN COSTAS.

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandada, en porcentaje del uno (1%) por ciento de las pretensiones reclamadas¹⁸, equivalentes a la suma de CINCUENTA Y UN MIL CIENTO VEINTITRES MIL PESOS MC/TE (\$51.123,00), conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

6. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NIEGANSE las suplicas de la demanda, con fundamento en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, las cuáles serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandante, en porcentaje del uno (1%) por ciento de las pretensiones reclamadas, equivalentes a la suma de **CINCUENTA Y UN MIL CIENTO VEINTITRES PESOS MC/TE (\$51.123,00)**, conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

¹⁸Estimada en \$5.112.307,00. Folio 6 - 7 del expediente.

TERCERO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA B. SANCHEZ DE PATERNINA

Juez