



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, veintiocho (28) de abril de dos mil quince (2015)

Medio de control: Nulidad & Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2013-00248-00
Demandante: **Hermes de Jesús Herrera Vergara**
Demandado: **Municipio de San Juan de Betulia, Sucre.**

Tema: Régimen Salarial & Prestacional de los Empleados Públicos del Orden Territorial- Inaplicabilidad del Decreto 1042 de 1978 a empleados territoriales- Bonificación por Recreación como prestación social-

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 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

1.1.1. Partes.

- Demandante: **HERMES DE JESUS HERRERA VERGARA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.860.165, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado. **MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA - SUCRE.**

1.1.2. -Pretensiones².

PRIMERO: Que se reconozca y se decrete la nulidad del acto ficto o presunto de fecha junio 17 de 2011, fecha en la que se elevó petición sin que hubiera pronunciamiento alguno por parte de la entidad demandada que estuviera encaminado a dar respuesta de fondo a lo solicitado en el escrito de agotamiento de la vía gubernativa en la fecha indicada, operando de este modo el silencio administrativo negativo.

¹ Folio 9

² Ver folios 1- 2 del expediente

SEGUNDO: Que a título de restablecimiento del derecho la entidad demandada reconozca y cancele al demandante los siguientes conceptos:

- El pago de las prestaciones sociales a que tenía derecho, tales como: PRIMA DE SERVICIOS, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, PRIMA DE ANTIGÜEDAD Y /O INCREMENTO POR ANTIGÜEDAD, BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN, PRIMA DE ALIMENTACIÓN de conformidad con las disposiciones legales establecidas en el Decreto Nacional 1042 de 1978, Decreto 1919 de 2002 y demás disposiciones salariales.
- Que se repare integralmente el daño padecido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 446 de 1998 y que se sigan reconociendo estas prestaciones hasta tanto estuviese vigente la relación laboral del actor con la entidad.
- Que se reconozcan los intereses moratorios y se haga la respectiva indexación laboral.

TERCERO: Que el reconocimiento respectivo será actualizado de conformidad al artículo 192 del CPACA, aplicando los ajustes de valor desde la fecha en que debió reconocérsele los derechos aquí reclamados y hasta que se verifique el pago total de las obligaciones adeudadas.

CUARTO: Que se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento a la sentencia, de acuerdo con los artículos 192 del C.P.A.C.A.

QUINTO: Que si no se efectúa el pago oportuno, la entidad liquidara los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 192 del CPACA.

1.1.3. Hechos.³

- Indica el actor que es empleado público del municipio de San Juan de Betulia - Sucre y que actualmente se encuentra laborando en la entidad territorial y hace parte de la planta de personal del municipio.
- Señala el demandante que ejerce el cargo de celador del Centro de Salud y cumple con las funciones asignadas en la Constitución, la ley, el manual de funciones y requisitos y las que sean asignadas por los superiores jerárquicos.
- Adiciona, que durante la relación laboral existente entre le demandante y la demandada, 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 y que debe ser cobijado por el decreto 1919 de 2002.
- Manifiesta el accionante que presentó escrito de agotamiento de la vía gubernativa el 17 de junio de 2011, donde solicitó el reconocimiento de los factores salariales, no

³ Ver folios 2-3 del expediente

recibiendo respuesta a lo pretendido, por ende operó el silencio administrativo negativo y se configura el acto administrativo ficto o presunto, el cual debe ser declarado nulo.

1.1.4. Disposiciones Violadas.

Con la configuración del acto administrativo ficto o presunto acusado de fecha 17 de junio de 2011, la administración municipal de San Juan de Betulia, dio respuesta negativa al escrito de agotamiento de la vía gubernativa, infringiéndose los siguientes preceptos:

Constitución Nacional artículos 1, 2, 4, 13, 23, 25, 29, 53, 93 inciso 3 y 122 y siguientes, 150 – 5, 150 – 9, 300 – 7, 205 – 7 y 313; artículo 25 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 de la ley 446 de 1998; decreto 1919 de 2002; artículo 206 y ss del CPACA.

1.1.5. Concepto de la violación.

Manifiesta la demandante que la ley 4 de 1992, refiere que el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será el fijado por el Gobierno Nacional. Alude a la sentencia C- 315 de 1995 en la cual se hace el mismo tratamiento a los empleados del orden nacional como a los del orden territorial y al no hacerse, se vulneraría el artículo 11 de la Constitución Política.

Sostiene que lo preceptuado en el decreto 1919 de 2002 en materia de reconocimiento de prestaciones sociales es aplicable a todos los trabajadores de los ordenes central y descentralizado y deben ser liquidadas con base en los factores para ello establecido.

Con base en jurisprudencias del Consejo de Estado solicita que se le reconozca los salarios y prestaciones sociales definidas en la ley 1042 de 1978, aludiendo que el régimen salarial y prestacional aplicable a su caso es el mismo de los empleados del orden nacional y que al no hacerlo se vulneran el derecho constitucional a la igualdad y el principio de progresividad.

Finalmente argumenta que el Consejo de Estado ha inaplicado la expresión “del orden nacional”, para reconocer a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional en aras de no vulnerar el derecho a la igualdad, es decir que el demandante tiene derecho a que se le reconozcan los factores salariales contenidos en el decreto 1042 de 1978, así mismo lo ha reconocido el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre y los Juzgados Administrativos.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- El 20 de abril de 2013 la demanda fue presentada en la oficina judicial y recibida en este despacho en la misma fecha.⁴

⁴ Folio 19

- El 06 de septiembre de 2013 fue admitida la demanda.⁵
- La demanda fue notificada a las partes el 01 de octubre de 2013⁶.
- Vencido el traslado de la demanda, se observa que la entidad demanda no contesto la demanda, por lo cual a través de auto del 25 de febrero de 2014 se fijó fecha para audiencia inicial⁷.
- El día 12 de junio de 2014 se llevó a cabo audiencia inicial en la cual se fijó el litigio, se surtió la etapa de conciliación, se decretaron pruebas y se fijó fecha para audiencia de pruebas⁸.
- Mediante auto del 25 de junio de 2014, se resolvió memorial presentado por la apoderada demandante⁹, en el cual se le aceptó la excusa de inasistencia a la audiencia inicial.
- Mediante auto del 29 de agosto de 2014, se fijó nueva fecha para audiencia de pruebas¹⁰.
- El 02 de diciembre de 2014 se realizó audiencia de pruebas la cual se suspendió por no haber sido allegados al expediente toda la documentación requerida a la entidad demandada¹¹; por lo cual se fijó nueva fecha para la audiencia.
- El 19 de febrero de 2015, se llevó a cabo continuación de audiencia de pruebas, en la cual se cerró el debate probatorio y se ordenó la presentación de alegatos por escrito dentro de los diez días siguientes a la fecha¹².
- Ninguna de las partes presentaron alegatos de conclusión.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad demandada no contestó la demanda

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. La parte demandante; la entidad demandada y el Ministerio Público. Guardaron Silencio.

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 causa de nulidad que invalide lo actuado.

⁵ Folios 21 - 23

⁶ Folios 27-36

⁷ Folio 38

⁸ Folios 42 - 45

⁹ Folio 50

¹⁰ Folio 59

¹¹ Folios 67 - 69

¹² Folios 78 - 80

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Se pretende la nulidad del acto ficto o presunto de fecha junio 17 de 2011, fecha en la que se elevó petición sin que hubiera pronunciamiento alguno por parte de la entidad demandada que estuviera encaminado a dar respuesta de fondo a lo solicitado en el escrito de agotamiento de la vía gubernativa en la fecha antes indicada.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO.

Acorde con lo advertido en la etapa de fijación del litigio, el debate en el sub examine, estriba, en establecer ¿si al demandante le asiste derecho como empleado del nivel territorial a que se le reconozca el pago de unos emolumentos establecidos en el Decreto 1042 de 1978, por remisión del Decreto 1919 de 2002, los cuales son pagados a empleados públicos del orden nacional?

En atención a ello, corresponde al Despacho en aras de desatar la litis, referirse al régimen salarial y prestacional de los empleados público del orden territorial, su desarrollo jurisprudencial, para luego descender al análisis de sus elementos en el caso concreto.

2.4. REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS DEL ORDEN TERRITORIAL-

La Constitución de 1991 de acuerdo con el literal e) del numeral 19 del artículo 150¹³; el Congreso tiene la competencia para dictar leyes marco, esto es, las normas generales, y señalar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública.

Así, corresponde al Gobierno determinar el régimen salarial y prestacional de los servidores del Estado, competencia que ejerce mediante decretos reglamentarios, que desarrollan la ley marco correspondiente. Esta normativa, en la actualidad, corresponde a la Ley 4 de 1992; *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.”*

Dicha disposición prevé una fórmula de derogatoria tácita. En efecto, el artículo 10 dispone que *“todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas*

¹³ *“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

(...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

(...)

e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;”
(Negrillas propias)

en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.”

A su vez, en el artículo 12 de la mencionada ley, determino: **“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.”** (Negrillas propias)

En aplicación de la anterior norma, el Presidente de la República, expidió el Decreto 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.”**, y en su artículo primero de qué modo y a quienes sería aplicable dicho Decreto, así:

“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.”(Negrillas y subrayado propias)

En consideración a la norma subrayada previamente, se hace remisión expresa al Decreto 1042 de 1978, en el cual **“se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.”** (Negrillas y subrayado propias), y en su parte pertinente, indica:

“Artículo 42º.- 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.

Son factores de salario:

- a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.**
- b) Los gastos de representación.**
- c) La prima técnica.**
- d) El auxilio de transporte.**
- e) El auxilio de alimentación.**
- f) La prima de servicio.**
- g) La bonificación por servicios prestados.**
- h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.**

Artículo 43º.- De los gastos de representación. Los empleos correspondientes al nivel directivo tendrán gastos de representación mensual en la cuantía que para cada denominación se determine en decreto especial.

Artículo 44º.- De otros gastos de representación. Fijase gastos de representación mensuales para los empleos que se determinan a continuación y en las siguientes cuantías: Modificado Reforma Tributaria.

Artículo 45º.- De la bonificación por servicios prestados. A partir de la expedición de este Decreto, créase una bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el artículo 1o.

NOTA: Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-402 de 2013.

Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial.

Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo a otro de los enumerados en el artículo 1 de este decreto, el tiempo laborado en el primero se tendrá en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la bonificación, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio.

Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.

La bonificación de que trata el presente artículo es independiente de la asignación básica y no será acumulativa.

Artículo 46º.- De la cuantía de la bonificación por servicios prestados. 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.

NOTA: Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-402 de 2013.

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.

Artículo 47º.- Del cómputo de tiempo para la bonificación por servicios prestados. El tiempo de servicios para el primer reconocimiento de la bonificación por servicios prestados se contará así:

- a) Para los funcionarios que actualmente se hallen vinculados al servicio, desde la fecha de expedición del presente Decreto.
- b) Para los funcionarios que se vinculen con posterioridad a la vigencia de este Decreto, desde la fecha de su respectiva posesión.

Artículo 48º.- Del término para el pago de la bonificación por servicios prestados. La bonificación por servicios prestados se pagará dentro de los veinte (20) días que sigan a la fecha en que se haya causado el derecho a percibirla.

Artículo 49º.- De los incrementos de salario por antigüedad. Las personas que a la fecha de expedición de este decreto estén recibiendo asignaciones correspondientes a la 3a. o 4a. columna salarial del Decreto 540 de 1977, por razón de los incrementos de antigüedad establecidos en

disposiciones legales anteriores, continuarán recibiendo, hasta la fecha en la cual se produzca su retiro del respectivo organismo, la diferencia entre sueldo básico fijado para su empleo en la segunda columna de dicho decreto y el de la tercera o cuarta columna, según el caso.

Los incrementos salariales de que trata este artículo no se perderán cuando los funcionarios cambien de empleo dentro del mismo organismo, tratándose de nuevo nombramiento, ascenso, traslado o encargo.

El retiro de un organismo oficial no implicará la pérdida de los incrementos salariales por antigüedad cuando el respectivo funcionario se vincule, sin solución de continuidad, a cualquiera de las entidades enumeradas en el artículo 1o. del presente Decreto.

Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.

Los funcionarios que perciban incrementos de remuneración por concepto de antigüedad deberán manifestar esta circunstancia al hacer su solicitud de empleo en otra entidad oficial.

Artículo 50º.- *Del auxilio de transporte. Cuando la asignación básica mensual de los empleados públicos a que se refiere el artículo 1o. del presente Decreto sea igual o inferior al doble del sueldo fijado para el grado 01 de la escala de remuneración del nivel operativo, dichos empleados tendrán derecho al reconocimiento y pago de un auxilio de transporte en cuantía de ciento veinte pesos (\$120.00) mensuales. (Esta cuantía es modificada anualmente).*

NOTA: *Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-402 de 2013.*

No habrá lugar a este auxilio cuando la entidad preste servicio de transporte a sus empleados.

Artículo 51º.- *Del auxilio de alimentación. Las entidades señaladas en el artículo 1o. de este decreto reconocerán y pagarán a aquellos de sus empleados que tengan una asignación básica igual o inferior al doble del sueldo fijado para el grado 01 de la escala de nivel operativo, un subsidio de alimentación de cinco pesos diarios, siempre que trabajen en jornada continua.*

NOTA: *Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-402 de 2013.*

Dicho auxilio se pagará a través del Fondo Nacional de Bienestar Social. Cuando el organismo suministre la alimentación a sus empleados no habrá lugar al reconocimiento de este auxilio. (Modificado posteriormente).

NOTA: *Artículos 52 a 57 derogados por el Decreto Nacional 1661 de 1991*

Artículo 58º.- *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.*

NOTA: *Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-402 de 2013.*

Esta prima no se regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre.

Artículo 59º.- *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 transporte.*
- e) *La bonificación por servicios prestados.*

Para liquidar la prima de servicio, se tendrá en cuenta la cuantía de los factores señalados en los ordinales precedentes a 30 de junio de cada año.

Artículo 60º.- *Del pago proporcional de la prima de servicio. Cuando el funcionario no haya trabajado el año completo en la misma entidad tendrá derecho al pago proporcional de la prima, en razón de una doceava parte por cada mes completo de labor y siempre que hubiere servido en el organismo por lo menos un semestre.*

No obstante lo dispuesto en el presente artículo, cuando un funcionario pase del servicio de una entidad a otra, el tiempo laborado en la primera se computará para efectos de la liquidación de esta prima, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio.

Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles entre el retiro de una entidad y el ingreso a otra.

Artículo 61º.- *De los viáticos. Los empleados públicos que deban viajar dentro o fuera del país en comisión de servicios tendrán derecho al reconocimiento y pago de viáticos.” (Negrillas propias)*

De conformidad, con el planteamiento enunciado los emolumentos enlistados en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, son factores salariales, es decir, tienen esa naturaleza jurídica la **PRIMA DE SERVICIOS, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD Y EL AUXILIO DE ALIMENTACIÓN.**

Ahora bien, en pronunciamientos del H. Consejo de Estado en consideración a la aplicación del Decreto 1042 de 1978, en empleados del nivel territorial ha dicho:

“DEL AUXILIO DE ALIMENTACIÓN Y DE TRANSPORTE; Y DE LA PRIMA DE SERVICIOS

El régimen prestacional de los servidores públicos, tanto de régimen general como especial, corresponde al legislador.

*El **auxilio de alimentación** fue creado por el decreto 2477 de 1970 a favor de empleados adscritos a entidades del orden nacional (artículo 3º); posteriormente el decreto 165 de 1971 lo amplió a los supernumerarios y finalmente el decreto 1042 de 1978 en su artículo 51 lo reafirmó a favor de los empleados vinculados a las entidades señaladas en el artículo 1º, todas ellas del orden nacional. Posteriormente, la ley se ha limitado a reajustar su cuantía y a determinar las asignaciones básicas que permiten su reconocimiento.*

*El **auxilio de transporte** fue regulado en el artículo 50 del decreto 1042 de 1978 a favor de los empleados públicos de las entidades a que se refiere el artículo 1º del decreto, es decir, ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional.*

*La **prima de servicios** es una acreencia laboral que conforme a la normatividad prevista en el Decreto 1042 de 1978 sólo se ha establecido para los empleados del orden nacional, sin incluir dicha prestación para los empleados públicos del orden territorial.*

De acuerdo con la certificación que obra a folio 2 del cuaderno No. 2 del expediente, la prima de servicios fue pagada por la administración municipal solo hasta el año de 1999.

Se dice en la certificación:

“Por otra parte las prestaciones sociales reconocidas por los servicios prestados a la señora antes mencionada han sido la: Prima de Navidad, Prima de Vacaciones, Vacaciones y prima de servicios, ésta última fue reconocida y pagada por la Administración Municipal solo hasta el año de 1999”.

Si bien es cierto que el municipio no podía arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos, pues ésta es una función reservada al Gobierno Nacional, también lo es que esta Corporación ha reconocido a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional. Para el efecto, en virtud del artículo 4 de la C.P. ha inaplicado la expresión “del orden nacional” de las normas que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales, en aras de proteger el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la C.P.

Adoptando esta tesis para el caso concreto, procede la Sala a inaplicar la expresión “del orden nacional” del artículo 1 del decreto 1042 de 1978, con el propósito de hacer extensivas estas prestaciones a la demandante en su condición de empleada 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 señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional”.¹⁴

En igual sentido, en providencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo del 17 de noviembre de 2005, se mencionó:

“La Sala observa que el Decreto acusado establece en el artículo 1º que a partir de su vigencia, todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva, de todos los niveles -departamental, municipal, distrital- gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional; por lo que ninguna censura puede hacerse a tales previsiones, pues del análisis que hizo otrora la Corte, las facultades del Gobierno Nacional para señalar el régimen prestacional y salarial de los servidores públicos del orden territorial, encuentran pleno respaldo constitucional, sin que por ello se estime que la potestad que le fue atribuida a las entidades territoriales para determinar el régimen salarial, a través de sus órganos competentes, se vean limitadas en su autonomía o se tornen inocuas.

¹⁴ Sentencia Consejo de Estado-Sección Segunda-Subsección B-CP: Alejandro Ordoñez Maldonado, providencia del 27 de septiembre de 2007; radicado: 15001-23-31-000-2001-01719-01(4327-05)- Demandante: Blanca Edelmira Reyes Alfonso- Ddo: municipio de Ramiriquí.

Las consideraciones de la Corte Constitucional son suficientes para desechar la censura por exceso en las facultades del Gobierno, por cuanto el decreto demandado fue proferido por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades legales, las cuales están acordes con el orden constitucional.

Ahora bien, respecto de la competencia del Gobierno para la expedición del acto acusado y el desconocimiento de los derechos adquiridos, ya esta Sala, al examinar la demanda de nulidad contra las expresiones “vinculados” del artículo 1° y “1133 y 1808 de 1994” del artículo 6° del Decreto 1919 de 2002, denegó las pretensiones con fundamento en los siguientes razonamientos:”¹⁵

Como puede observarse, la posición del máximo tribunal de lo contencioso administrativo de inaplicar la frase “del orden nacional” contenida en el Decreto 1042 de 1978, ha sido reiterada en varias decisiones relacionadas con el tema de las prestaciones y demás derechos laborales de los empleados de la rama ejecutiva del poder público del orden territorial.

Sin embargo, se encuentran de igual forma pronunciamientos del H. Consejo de Estado, a través del cual asumen una posición diferente a la previamente plasmada, así:

“Con la expedición del Decreto 1919 de 2002, se dispuso una homologación en materia de prestaciones con el sector nacional, de manera que en el sector territorial no es procedente el reconocimiento de prestaciones diferentes a las ordenadas para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional, al respecto los artículos 1° y 2°, contienen el siguiente tenor literal:

“Artículo 1°. A partir de la vigencia del presente decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las 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 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.

Artículo 2°. A las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado se les continuará aplicando el régimen de prestaciones sociales de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993.”

El artículo 2° del Decreto 1919 de 2002 fue revisado por esta Corporación en acción de simple nulidad encontrándolo ajustado al ordenamiento. En sentencia de 19 de mayo de 2005, Exp. No. 4396-2002, Actor: Luis Eduardo Cruz Porras (Acumulados Nos. 11001032500020020209 01 (4333-02), actor: Augusto Gutiérrez y otros; 11001032500020020213 01 (4406-02), actor: Enrique Guarín Álvarez; y 11001032500020020230 01 (4767-02), actor: Pablo Emilio Ariza Meneses y otros), M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, expresó lo siguiente:

“En principio podría afirmarse que el Presidente de la República, con esta actuación, como lo alegan los demandantes, desbordó los lineamientos generales fijados por el legislador, concretamente, la prohibición contenida en el artículo 2, literal a), de la Ley 4ª de 1992, al desmejorar las prestaciones que venían devengando los empleados públicos ya vinculados.

¹⁵ Sentencia Consejo de Estado-Sección Segunda- CP: Jaime Moreno García, providencia del 17 de noviembre de 2005; radicado: 11001-03-25-000-2002-00215-01 (4456-02)- Demandante: Luis Alejandro Vega Vega- Ddo: Gobierno Nacional.

Sin embargo debe decirse que el decreto acusado respetó los derechos adquiridos en los términos del artículo 5 del Decreto 1919 de 2002, la parte actora no demostró la desmejora de las prestaciones o de los salarios que venían devengado de conformidad con la ley y sólo deben ser respetados los derechos adquiridos con justo título con arreglo a la Constitución y a la ley por lo que no pueden calificarse como tales unos supuestos derechos derivados de normas proferidas por quien carecía competencia para expedirlas. (...)

Además, como ya lo ha señalado esta Sección,¹⁶ el Estado no está obligado a mantener un régimen benéfico de forma permanente porque las instituciones y sus regulaciones deben adecuarse al orden social, cultural y económico que gobierna el momento, de manera que una prestación social no puede permanecer perenne y sólo ser modificada en lo favorable, si bien deben respetarse los salarios y prestaciones que perciban quienes están vinculados al momento de la expedición del nuevo régimen regulatorio, siempre y cuando estén amparados por la Constitución y la ley.”

Conforme con la Jurisprudencia en cita, a partir de la asimilación de los empleados del sector territorial y el sector de la salud en lo que se refiere a las prestaciones ordenadas para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional, implicó su aplicación prevalente y excluyente, lo que significa que los empleados del orden territorial resultan beneficiados por cuanto se les trasladaron las prestaciones del orden nacional que no les cobijaban.”¹⁷(Negrillas propias)

Mediante providencia del 3 de marzo de 2011, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo indico:

“La prima de servicios fue establecida en el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 a favor de los empleados del orden nacional, equivalente a quince (15) días de remuneración por cada año de servicio.

El auxilio de alimentación se creó mediante el artículo 3º del Decreto 2477 de 1970 a favor de empleados adscritos a entidades del orden nacional; posteriormente el Decreto 165 de 1971 lo amplía a los supernumerarios, y finalmente el Decreto 1042 de 1978, en su artículo 51, lo reafirma a favor de los empleados vinculados a las entidades señaladas en el artículo 1º, todas ellas del orden nacional. La ley se ha limitado a reajustar su cuantía y a determinar las asignaciones básicas que permiten su reconocimiento año tras año.

De igual forma, el auxilio de transporte fue regulado en el artículo 50 del Decreto 1042 de 1978 a favor de los empleados públicos de las entidades a que se refiere el artículo 1º del decreto, es decir, Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas especiales del orden Nacional.

El demandante, como se ha establecido, es un empleado del orden territorial, vinculado laboralmente al Municipio de Viracachá-Boyacá.

En el sub-examine, y según da cuenta la petición elevada ante la Administración Municipal el 21 de septiembre de 2000, la controversia surge desde la expedición del Decreto 1919 de 2002, que dispuso que a partir de su vigencia los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva a nivel Departamental, Distrital y Municipal, gozarán del régimen de prestaciones sociales previsto para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva a nivel nacional.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 14 de marzo de 2002, actor JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ, Consejero Ponente Dr. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE, expediente No. 1100103250199 00 (3305-00).

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub sección B, CP: Bertha Lucia Ramirez de Páez; providencia del 23 de junio de 2011. Radicado: 25000-23-25-000-2004-03637-01 (1786-08)

De la confrontación de la situación fáctica planteada en la demanda, las pruebas arrimadas al proceso y las normas estimadas como violadas por el actor, se deduce que en el presente caso no existe quebrantamiento de ningún imperativo legal y por el contrario el no pago y reconocimiento de las pretensiones de la demanda, obedeció al cumplimiento de la Constitución Política y la Ley que prohíben a los ordenadores del gasto realizar algún pago que no tenga sustento legal. Y en todo caso la Administración Municipal probó que a partir de la expedición del Decreto 1919 de 2002, viene cancelando al demandante lo relativo a las primas de servicio y alimentación y al subsidio de transporte (fl.9 Cdo No.3).

Al respecto la Corte Constitucional, en sentencia C-510 de 14 de julio de 1999, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, dijo:

“(…) 4.1.2. En relación con el punto objeto de controversia, es decir, el régimen salarial de los empleados de los entes territoriales, es claro que en nada afecta la autonomía de estos entes, el que el Congreso de la República, facultado por la propia Constitución para señalar los principios a los que debe someterse el Gobierno Nacional para ejercer la atribución de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, haga entendibles éstos a todos los empleados públicos sin distinción alguno, por cuanto no existe razón constitucional que justifique la diferenciación. Así lo entendió el propio legislador al expedir la ley 4ª de 1992. (…)

Significa lo anterior que pese a la autonomía y facultades que la Constitución reconoce a las corporaciones públicas administrativas de los distintos entes territoriales y a sus jefes máximos en materia salarial (artículos 287; 300, numeral 7, 313, numeral 6; 305, numeral 7 y 315, numeral 7 de la Constitución), la competencia de éstos se encuentra circunscrita no sólo por la ley general que sobre la materia expida el Congreso de la República, sino por las normas que, dentro de su competencia, dicte el Gobierno Nacional para el desarrollo de la mencionada ley. Al respecto, esta Corporación ha dicho:

*“(…) Resulta claro que la expedición de las normas que regulan el fenómeno de la función pública en el sector departamental y municipal, son de competencia exclusiva y excluyente de los órganos centrales, vale decir, del Congreso de la República y del Presidente de la República; (…)
en efecto, la determinación del régimen prestacional y salarial de los empleados departamentales y municipales se encuentra constitucionalmente establecido en el artículo 150 superior.*

“En vigencia de la nueva Carta, el régimen de salarios y prestaciones sociales de los empleados públicos del orden territorial, es competencia concurrente del Presidente de la República, de acuerdo con los objetivos y criterios señalados por el legislador mediante normas de carácter general o leyes marco según lo dispone la función 19, literales e), f) del artículo en mención de la Carta de 1991(…)”¹⁸

La Sección Segunda – Subsección “B” del Consejo de Estado mediante sentencias de 15 de mayo de 2008¹⁹, tuvo la oportunidad de referirse al tema de debate, siguiendo el criterio de esta Sala desde el año de 2005 - expediente 4382-2004 -, dijo:

“- DE LA DOTACIÓN DE CALZADO Y VESTIDO DE LABOR.-

(…)Tal prerrogativa, es desarrollada por el Decreto reglamentario 1978 de agosto 31 de 1989, haciendo extensivo ese derecho prestacional a quienes se encuentran vinculados de manera permanente, mediante una relación legal y reglamentaria o por contrato de trabajo, a las diferentes entidades territoriales, (departamentos, distritos, municipios, etc. -artículo 1º-), pero sin entrar a clasificarlas, esto es, sin indicar de manera concreta sus destinatarios.

Igualmente se precisa en esa ley, que las entregas se harían el 30 de abril, el 30 de agosto y el 30 de diciembre de cada año (artículo 2º ibídem), y que para tener derecho a dicha prestación social

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-054 de 1998. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

¹⁹ Exp. Nos. 7292-05 y 5038 -05 Actores: Carmenza Páez Velasco, Celmira Sosa Caro. M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

es necesario haber laborado para la entidad por lo menos durante tres (3) meses, en forma ininterrumpida, antes de la fecha de cada suministro (artículo 3º ib.).

(...) No obstante lo anterior, no está probado en manera siquiera alguna dentro de este proceso uno de los presupuestos para proceder a reconocer la prestación social reclamada, consistente en devengar una remuneración inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente pues, la situación fáctica laboral económica de el demandante, no está acreditada en el plenario.

DE LAS PRIMAS DE SERVICIO Y DEL AUXILIO DE ALIMENTACIÓN Y TRANSPORTE.-

(...) Examinado el régimen especial de los empleados del orden territorial, no se encuentra norma alguna que consagre las prestaciones reclamadas y tampoco se determina en la demanda disposición alguna que lo haya consagrado. En esas condiciones, forzoso resulta negar estas pretensiones. (...)"²⁰

De conformidad a lo previamente expuesto, la H. Corte Constitucional mediante sentencia de Constitucionalidad **C-402 de 2013**, analizó los artículos **1, 31, 45, 46, 50, 51, 58 y 62** del reseñado **Decreto 1042 de 1978**, y estableció una posición contraria a la adoptada por el H. Consejo de Estado, en cuento a la extensión del Decreto 1042 de 1978 a los empleados del orden territorial.

"Improcedencia general del juicio de igualdad respecto de regímenes salariales disímiles

10. La inferencia de una discriminación injustificada que contradice el principio de igualdad, depende de la comprobación de tres premisas definidas. 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.

*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.** Para la Corte, "...la jurisprudencia constitucional ha establecido que en principio se debe dar igual trato a las personas que se encuentren en similar situación, pero que se puede dar un trato desigual o diferente siempre y cuando se encuentre una explicación razonable para realizar la diferenciación. (...) Empero el criterio para realizar la equiparación o la diferenciación resultará vacío si no se determina desde qué punto de vista una situación, persona o grupo es igual a otro, es decir sino se responde preliminarmente a las preguntas de la igualdad entre quiénes y la igualdad en qué. Por ello, en planteamientos recogidos por este Tribunal de la doctrina alemana²¹, se ha explicado que, dado que ninguna situación, persona o grupo son idénticos a otros, determinar la igualdad y la desigualdad supone siempre un juicio de valor sobre cuál característica o propiedad resulta relevante para establecer el examen de igualdad por parte del juez – criterio valorativo- ."²²*

Por último, 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.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, CP: Bertha Lucia Ramírez de Páez; providencia del 3 de marzo de 2011, radicado: 15001-23-31-000-2001-00070-01 (0723-10)

²¹ALEXY, Robert, Op. cit. p. 112

²² Corte Constitucional, sentencia C-296/12.

11. En el caso particular de los diferentes regímenes laborales, la Corte ha concluido la improcedencia general del juicio de igualdad entre sus prestaciones. Esto en consideración a que no son equiparables y responden cada uno de ellos a los requerimientos específicos del orden o entidad de que se traten, el grado de responsabilidad y calificación profesional requerida o, lo que resulta particularmente importante para el caso analizado, a si se trata de empleos del orden nacional o territorial.

Este fue el asunto resuelto por la Corte en la sentencia C-313/03, la cual desestimó el cargo por violación del derecho a la igualdad respecto a la aplicación del Decreto 1278/02 – Estatuto de Profesionalización Docente para el caso de determinados trabajadores, con exclusión de aquellos vinculados al amparo de un régimen anterior.

En esa oportunidad, la Sala recopiló el precedente aplicable al asunto objeto de estudio y planteó los siguientes argumentos que, por su importancia en la demanda de la referencia, la Corte considera pertinente transcribir in extenso:

“En este orden de ideas la Corte ha aceptado que en materia laboral puedan existir regímenes jurídicos diferentes que regulen diversos aspectos de la relación de trabajo entre los trabajadores y los empleadores, sean estos oficiales o privados, sin que por ello, pueda considerarse que por esa sola circunstancia se viole el principio de igualdad²³.

Así, como lo ha señalado igualmente la Corporación, desde antiguo existen en el sector público, distintos estatutos especiales que establecen diversos regímenes salariales y prestacionales, que presentan en cada caso características peculiares y un sistema de auxilios y reconocimientos particulares²⁴.

Frente a esta situación la Corte ha precisado que la comparación entre diferentes regímenes respecto de prestaciones concretas, con el fin de establecer violaciones al principio de igualdad, no resulta conducente por partirse de supuestos de hecho que no son idénticos.

(...)

Así, dado que el juicio de igualdad debe partir del supuesto de una misma situación, y que éste supuesto no se presenta cuando diversos grupos especiales de servidores son regidos por sistemas de beneficios diferentes, la Corte ha concluido que no resulta posible establecer en esas circunstancias una vulneración del artículo 13 superior.

Ha de tenerse en cuenta además, como también ya lo ha señalado la Corte, que si cada régimen especial es mirado como un sistema particular de reconocimientos salariales y prestacionales, los beneficios particulares contemplados en él, no pueden ser examinados aisladamente, para enfrentarlos con otros sistemas también especiales.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

“Si cada uno de estos regímenes especiales es mirado como un sistema particular de reconocimientos salariales y prestacionales, se encuentra que los beneficios particulares contemplados en cada uno de ellos, no pueden ser examinados aisladamente, fuera del contexto del régimen especial, para enfrentarlos con otros sistemas también especiales. El juicio de igualdad debe partir del supuesto de una misma situación, la cual no se presenta en el caso bajo examen, pues diversos grupos especiales de servidores son regidos por sistemas de beneficios diferentes, que hacen que cada beneficio en particular no pueda ser descontextualizado a efectos de llevar a cabo, tan solo respecto de él, un examen de igualdad. || En relación con lo anterior, es decir con la necesidad de aplicar íntegramente los regímenes laborales especiales, la jurisprudencia ha hecho ver, adicionalmente, que la circunstancia de que en uno de ellos se consagren ciertos beneficios, que no son reconocidos en otros, usualmente se ve compensada por el hecho de que respecto de

²³ Sentencia C-654/97 M.P. Antonio Barrera Carbonell

²⁴ Sentencia C-995/00 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

otra prestación, puede suceder lo contrario. Así ha dicho que “teniendo en cuenta que los regímenes de seguridad social son complejos e incluyen diversos tipos de prestaciones, en determinados aspectos uno de los regímenes puede ser más beneficioso que el otro y en otros puntos puede suceder todo lo contrario, por lo cual, en principio no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen.”²⁵ Por ello, las personas “vinculadas a los regímenes excepcionales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general”²⁶. En efecto, no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica.”²⁷ || Adicionalmente, la existencia de los diferentes regímenes existentes, los cuales, como se dijo, deben ser aplicados integralmente, encuentra su justificación en diversas circunstancias constitucionalmente válidas. Sobre el punto la jurisprudencia ha dicho: **“En tal virtud, dicha regulación ha obedecido a diferentes motivos, como son: las distintas naturaleza y modalidades de la relación de trabajo, los diferentes tipos de entidades, nacionales, departamentales, distritales y municipales,** el otorgamiento de especiales beneficios a ciertos sectores de empleados, en razón de la naturaleza de la labor que desempeñan, las limitaciones presupuestales, la necesidad de organizar y poner en funcionamiento o fortalecer cajas de previsión social encargadas del pago de las prestaciones de los servidores públicos, etc.” || En el caso presente, encuentra la Corte que no se encuentra demostrado que quienes no resultan cobijados por el régimen especial referente a la prestación de calzado y vestido de labor, se encuentren dentro de la misma situación objetiva que quienes sí resultan amparados por el reconocimiento, y que por lo tanto deben ser merecedores de igual tratamiento. Antes bien, la presencia de multiplicidad de regímenes laborales dentro del sector público, llevan a la conclusión contraria: la de estar frente a situaciones distintas que imposibilitan adelantar un juicio de igualdad entre los distintos beneficios particulares que se reconocen en uno y otro régimen.”²⁸

En ese orden de ideas esta Corporación ha explicado que cada beneficio en particular establecido en un régimen específico no puede ser descontextualizado a efectos de llevar a cabo, tan solo respecto de él, un examen de igualdad.

Así por ejemplo, en el caso de los beneficios en materia de seguridad social la Corte ha precisado²⁹ que dada la complejidad de los sistemas prestacionales y la interdependencia de las prerrogativas por ellos conferidas, un trato diferenciado en ese campo resulta discriminatorio y, por tanto, constitucionalmente reprochable solo si el conjunto del sistema -no apenas uno de sus elementos integrantes-, conlleva un tratamiento desfavorable para el destinatario; así entonces, si una desmejora sólo se evidencia en un aspecto puntual del régimen, en una prestación definida o en un derecho concreto, no es dable deducir por ello trato discriminatorio; en estos casos deberá estudiarse -conclusión a la que se llega después de analizar el sistema en su conjunto- si la desventaja detectada en un aspecto puntual del régimen especial se encuentra compensada por otra prestación incluida en el mismo³⁰.

Al respecto la Corte además ha hecho énfasis en que sólo si una prestación social de la cual se predica la posible discriminación es lo suficientemente autónoma como para advertir que ella, en sí misma, constituye una verdadera discriminación respecto del régimen general, podría el juez constitucional retirarla del ordenamiento jurídico³¹. Circunstancia que sin embargo solamente

²⁵ En un sentido similar, ver sentencia C-598 de 1997. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento jurídico No 8.

²⁶ Sentencia T-348 de 1997. MP Eduardo Cifuentes. Fundamento Jurídico No 7.

²⁷ Sentencia C-080 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero

²⁸ Sentencia C-995/00 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

²⁹ Al respecto ver entre otras las sentencias C-956/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, C-385/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-1032/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³⁰ Ver la Sentencia C-080/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que se señala : “la singularidad y autonomía que caracterizan a estos regímenes excepcionales, sumado a la diversidad de prestaciones que los integran, han llevado a la Corte Constitucional a considerar que, en principio, “no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen.”.

³¹ Ibídem Sentencia C-956/01 M.P... Eduardo Montealegre Lynett

podría darse (i) si la prestación es verdaderamente autónoma y separable, lo cual debe ser demostrado claramente (ii) la ley prevé un beneficio indudablemente inferior para el régimen especial, y (iii) que no exista otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social y que la carencia de compensación resulte evidente³².” (Subrayas no originales).

12. A partir de las consideraciones siguientes, se tiene que la comparación de prestaciones entre regímenes laborales diversos, dirigida a definir la existencia de un tratamiento discriminatorio injustificado, no resulta posible de manera general. Esto debido a que las prestaciones incluidas en cada régimen se comprenden en el marco del sistema normativo en que se inscriben y, por ende, no son extrapolables a otra normatividad prevista para regular una pluralidad diversa de servidores públicos o trabajadores de derecho privado. A su vez, uno de los factores de diferenciación entre regímenes laborales, en el caso de los servidores públicos, es el nivel central o territorial al que se encuentren inscritos, lo que inhibiría promover un juicio de igualdad en ese escenario.

Es importante insistir, en este sentido, que la imposibilidad expuesta se basa en las dificultades que subyacen a la identificación de un criterio de comparación entre beneficios laborales que pertenecen a regímenes distintos. Como ha indicado 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”,³³ toda 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.”³⁴ ³⁵

Por ende, para que un juicio de igualdad en el escenario planteado sea posible, debe demostrarse que el beneficio laboral correspondiente es extrapolable del régimen en que se encuentra inserto y que, a su vez, no existe ninguna razón constitucionalmente atendible para el tratamiento diferente. Si estos requisitos no están presentes, se está ante la inexistencia de los presupuestos para la conformación del tertium comparationis, imprescindible para inferir un trato discriminatorio injustificado.

(...)

14. De esta manera, cada entidad territorial está investida de la facultad de determinar los aspectos concretos de su régimen salarial, que respondan a las particularidades del ejercicio de la función pública en cada departamento, municipio o distrito, así como las variables presupuestales, la estructura institucional de la entidad territorial, el nivel de especialización profesional requerida, etc.

(...)

14.2. En segundo lugar, esta vez desde el punto de vista formal, exigir que el Decreto acusado tenga alcance no solo para los servidores públicos del orden nacional, sino también para aquellos adscritos al nivel territorial, configuraría un exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas para la expedición de la norma acusada.” (Negrillas y subrayado propias).

³² Sentencia C-890 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En dicha sentencia se señaló lo siguiente “ ‘Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social. Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente. En el mismo sentido ver la sentencia C-956 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

³³ Corte Constitucional, sentencia C-913 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1115 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil).

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-101/11.

En ese orden de ideas, se puede concluir que el régimen de remuneración consagrado para los empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, consagrado en el Decreto 1042 de 1978, no es extendible a los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del nivel territorial; por lo cual la posición asumida por el H. Consejo de Estado de inaplicar la frase “*del orden nacional*” contenida en el Decreto 1042 de 1978, queda sin piso jurídico, dado el estudio de constitucionalidad estudiado en la sentencia previamente citada, y máxime cuando, las decisiones emanadas por la H. Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 243 de la C.P; hacen tránsito a cosa juzgada constitucional; por lo cual sería jurídicamente imposible inaplicar por inconstitucional la frase “*del orden nacional*”; cuando la H. Corte Constitucional realizó un pronunciamiento, indicando que estas se encuentran a derecho.

2.5. CASO CONCRETO.

En el caso en particular, se encuentra probado que, la demandante en la actualidad presta sus servicios al MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA - SUCRE, en el cargo de CELADOR del CENTRO DE SALUD DE ALBANIA, en el cual fue nombrado en propiedad según resolución Nro. 365 de mayo 6 de 1987, y posesionado el 15 de mayo de 1987 según acta de posesión 0010.³⁶

Asimismo, se encuentra acreditado que el accionante a través de apoderado judicial, presentó derecho de petición ante el MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA el día 17 de junio de 2011³⁷, solicitando el reconocimiento y pago de la prima de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad y/o incremento por antigüedad, bonificación por recreación, prima de alimentación, de conformidad con las disposiciones legales establecidas en el Decreto 1042 de 1978 y Decreto 1919 de 2002; solicitud a la cual el ente demandada no resolvió, configurándose así el silencio administrativo negativo.

De acuerdo con lo probado en el proceso y del análisis jurisprudencial realizado, y en especial la posición adoptada por la Corte Constitucional en la referida sentencia **C-402 de 2013**, se puede concluir que el régimen contenido en el Decreto 1042 de 1978, le es exclusivamente aplicable a los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los MINISTERIOS, DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS, SUPERINTENDENCIAS, ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS Y UNIDADES ESPECIALES DEL ORDEN NACIONAL, no siendo por tanto extensivo a los empleados del orden TERRITORIAL con el argumento de la violación al derecho a la igualdad.

³⁶ Folio 13.

³⁷ Folio 10-12

De igual forma, como bien se expuso el Decreto 1919 de 2002 extendió a los empleados del orden TERRITORIAL las prestaciones sociales y no los factores salariales del orden nacional. Por lo cual, los empleados del orden territorial, no tienen derecho a que se les cancele la PRIMA DE SERVICIOS, LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, Y LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD, pues como ya se indicó esto son factores salariales.

Por otra parte, en cuanto a la **BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN** y el **AUXILIO DE ALIMENTACIÓN**, los empleados del nivel TERRITORIAL si tienen derecho a que se les cancele estos, pero **no por la inaplicación del Decreto 1042 de 1978**, sino por disposición legal expresa aplicables a los empleados de este tipo, por lo cual se analizará si es posible acceder a estos dos emolumentos:

2.5.1. Auxilio de Alimentación: Factor salarial consagrado el en artículo 51³⁸ del Decreto 1042 de 1978; y el cual es factor prestacional causado a favor de los empleados territoriales a partir del año 2007, pero solamente a los empleados cuyas asignaciones salariales no superen el monto regulado a través de los decretos del ejecutivo, así:

| Año | Decreto | Remuneración Hasta | Valor del Auxilio Mensual |
|------|--------------|--------------------|---------------------------|
| 2007 | 627 de 2007 | \$993.591 | \$35.512 |
| 2008 | 667 de 2008 | \$1.050.127 | \$37.533 |
| 2009 | 732 de 2009 | \$1.133.355 | \$40.412 |
| 2010 | 1394 de 2010 | \$1.156.023 | \$41.221 |
| 2011 | 1048 de 2011 | \$1.192.669 | \$42.528 |
| 2012 | 840 de 2012 | \$1.252.303 | \$44.655 |
| 2013 | 1015 de 2013 | \$1.295.383 | \$46.192 |
| 2014 | 185 de 2014 | \$1.333.468 | \$47.551 |

Conforme a lo expuesto, de acuerdo con el artículo 167³⁹ del Código General del Proceso, corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de la norma de la que pretende derivar la consecuencia jurídica perseguida. Dentro del caso sub judice, el actor no demostró que para los años 2007, 2008, 2009, 2011, 2012, 2013 y 2014 se encontraba dentro del rango salarial consagrado en las normas ya indicadas, como supuesto de hecho para pretender el pago del auxilio de alimentación. De igual forma, para el año 2010 dentro del plenario a folio 14 se

³⁸ “**Artículo 51º.-** Del auxilio de alimentación. Las entidades señaladas en el artículo 1o. de este decreto reconocerán y pagarán a aquellos de sus empleados que tengan una asignación básica igual o inferior al doble del sueldo fijado para el grado 01 de la escala de nivel operativo, un subsidio de alimentación de cinco pesos diarios, siempre que trabajen en jornada continua.

NOTA: Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-402 de 2013.”

³⁹ “**ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

encuentra la nómina para pago de sueldos de la E.S.E. Centro de Salud San Juan de Betulia en Liquidación; y en ella se observa que el actor le era reconocida el AUXILIO DE ALIMENTACIÓN, razones suficientes para negar el reconocimiento del mencionado emolumento.

2.5.2. Bonificación por recreación: Establecida mediante el Decreto 451 de 1984, artículo 3⁴⁰, a favor de los empleados del orden nacional; y reguladas en los Decretos expedidos año por año por el Gobierno Nacional, en la cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del orden nacional, así:

- Año 2009-Decreto 708.
- Año 2010-Decreto 1374.
- Año 2011-Decreto 1031.
- Año 2012-Decreto 853.
- Año 2013- Decreto 1029.
- Año 2014- Decreto 199.

Agregando que en cada uno de los anteriores decretos, indica que: *“Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal (...)”*; asimismo se ha pronunciado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado al indicar sobre la Bonificación por Recreación:

“No es posible incluir la “Bonificación por Recreación” en la base de liquidación, toda vez que el artículo 15 del Decreto 40 de 1998, expedido en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, estableció que la misma “no constituirá factor de salario para ningún efecto legal”, además, dada su naturaleza prestacional, pues dicha bonificación está dirigida a contribuir en el adecuado desarrollo de la vida del empleado, como lo es el ámbito de la Recreación, por lo tanto, no tiene carácter salarial.

En consecuencia, conforme se determinó en la sentencia objeto de Consulta, la actora tiene derecho a la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios cotizados al Sistema General de Pensiones, así: Sueldo, Bonificación por Servicios Prestados, Prima Semestral Junio, Prima de Navidad y Prima de Vacaciones.” ⁴¹(Negrillas propias)

En virtud de lo expuesto, la bonificación por recreación al no constituir factor salarial, sería aplicable a los empleados del nivel territorial por disposición del decreto 1919 de 2002; y toda vez que el actor viene laborando desde el 15 de mayo de 1987⁴², por lo que si tiene derecho al pago de este emolumento, el que no ha sido cancelado por la entidad demandada, dado que esta no demostró su pago y negó el mismo a través del acto ficto negativo demandado.

⁴⁰ *“Artículo 3o. Los empleados que adquieran el derecho a las vacaciones e inicien el disfrute de las mismas, dentro del año civil de su causación, tendrán derecho a una bonificación especial de recreación en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de causarlas. El valor de la bonificación no se tendrá en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales y se pagará dentro de los cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del disfrute de las vacaciones. Mientras se crean en el presupuesto de las entidades el respectivo rubro presupuestal podrá diferirse la fecha señalada para el pago de la bonificación.”*

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, CP: Gerardo Arenas Monsalve- providencia del 4 de septiembre de 2014, radicado: 25000-23-25-000-2006-08455-01 (1420-11)

⁴² Folio 13.

Por lo anterior, es necesario declarar la nulidad del acto demandado, en lo atinente al no reconocimiento, liquidación y pago de la mencionada prestación social, y en su lugar a título de restablecimiento del derecho, ordenar a la entidad demandada, el reconocimiento, liquidación y pago de la **BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN**, en la forma indicada en la parte considerativa de esta providencia. Igualmente, se ordenará que en lo sucesivo, el ente demandado, reconozca liquide y pague la **BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN**, hasta tanto estuviere la relación laboral administrativa entre este y el demandante.

De acuerdo con lo expuesto, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, anulando parcialmente el acto acusado, se ordenará a la entidad accionada realizar el reconocimiento, liquidación y pago de las acreencia laboral ya mencionada, por lo que se dispondrá el pago de lo pretendido por el demandante acorde con el índice de precios al consumidor, utilizando la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \times \frac{IPC \text{ FINAL}}{IPC \text{ INICIAL}}$$

En donde el valor presente de Ra se determina multiplicando el valor histórico Rh, que es la correspondiente mes, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al mes anterior a la ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago de las diferentes acreencias laborales, de acuerdo a la fecha de su causación, conforme a la regulación normativa de cada una). Por tratarse de pagos de reajustes de tracto sucesivo, mensuales o anuales, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes o año por año, para cada acreencia laboral para las causadas de esta forma, el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Se dará cumplimiento al presente fallo en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A. y la misma devengará intereses en los términos consagrados en el artículo 195 *Ibíd.*

2.6. PRESCRIPCIÓN:

En consideración a la **PRESCRIPCIÓN** dentro del presente medio de control, si bien no fue propuesta por la entidad demandada, el despacho lo podrá realizar de oficio. Por lo cual la prescripción constituye un modo de extinguir las obligaciones y en materia laboral, opera por regla general al cabo de los tres años siguientes a la fecha en que se hace exigible el correspondiente derecho, y se interrumpe desde cuando el interesado exige su reconocimiento y pago ante la administración (Art. 102 del Decreto 1848/69, art. 41 Decreto 3135 de 1968).

El Decreto 1848 de 1969, en su artículo 102, dispone:

“PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

En el sub júdece se declara la **prescripción** de las acreencias laborales causadas con anterioridad a **JUNIO 17 DE 2008**, es decir, tres (3) años antes de que el actor interrumpiera la prescripción trienal que opera en el ámbito administrativo laboral, en virtud de la presentación de su petición el **17 DE JUNIO DE 2011**⁴³.

3. 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 entidad demandada, 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 demandante, en porcentaje del SEIS (6%) por ciento de las pretensiones reconocidas, conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

4. 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: DECLARAR la nulidad parcial del acto ficto presunto producto de la petición del 17 de junio de 2011, mediante el cual el **MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA, SUCRE** en cuenta negó el reconocimiento, liquidación y pago de la **BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN**, a la que tiene derecho el actor, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada de oficio la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, de aquellos derechos laborales causados antes del **JUNIO 17 DE 2008**, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

⁴³ Folios 9-11

TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena al **MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA, SUCRE** a le reconozca, liquide y pague al señor **HERMES DE JESUS HERRERA VERGARA** la **BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN**, en la forma ya indicada en la parte motiva de esta sentencia, causados a partir del 17 de junio de 2008, por la prescripción ya declarada. Asimismo, que sobre las sumas adeudadas le pague al actor el reajuste de su valor, conforme al índice de precios al consumidor, con la aplicación de la fórmula referenciada en la parte motiva de este fallo, teniendo en cuenta la prescripción declarada.

Igualmente, se ordenará que en lo sucesivo, el ente demandado reconozca, liquide y pague la bonificación por recreación, hasta tanto estuviere vigente la relación laboral administrativa entre este y el demandante.

CUARTO: NIEGUESE las demás pretensiones de la demanda, por lo expuesto previamente.

QUINTO: Condenar en costas a la entidad demandada, 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 SEIS (6%) por ciento de las pretensiones reconocidas, conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

SEXTO: La presente sentencia se cumplirá de acuerdo con lo establecido en los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: 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