



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, once (11) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO:	No. 70-001-33-31-007-2013-00271-00
DEMANDANTE:	ROBERTO ANTONIO CUELLO GUTIÉRREZ
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE SAN ANTONIO DE PALMITO

TEMA:	INAPLICABILIDAD DEL DECRETO 1042 DE 1978 A EMPLEADOS TERRITORIALES - PRIMA DE SERVICIOS Y BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS COMO PRESTACIÓN SOCIAL SOLO PUEDE RECONOCERSE A LOS EMPLEADOS DEL ORDEN NACIONAL
--------------	--

ASUNTO A DECIDIR

Agotado el trámite procesal ordinario previsto en la Ley 1437 de 2011, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a proferir sentencia en primera instancia sobre las pretensiones de la demanda que en derecho corresponda, dentro del proceso promovido por el señor ROBERTO ANTONIO CUELLO GUTIÉRREZ, contra del municipio de San Antonio de Palmito, Sucre.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA¹

1.1.1. Partes.

- Demandante: Roberto Antonio Cuello Gutiérrez, identificado con la cédula de ciudadanía No. 92.670.162 de San Antonio de Palmito, quien actúa a través de apoderado judicial.
- Demandado: Municipio de San Antonio de Palmito.

¹Folios 1-9.

1.1.2. Pretensiones.

- Solicita la demandante que se declare la nulidad del acto administrativo presunto, derivado del silencio del municipio de San Antonio de Palmito, respecto a la petición que presentó el 31 de octubre de 2012.
- Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, pide que se declare que tiene derecho (i) al reconocimiento y pago de la prima de servicios y bonificación por servicios prestados, bonificación por recreación y prima de alimentación; así como a la reliquidación de las cesantías e intereses de las mismas, al igual que de la prima de navidad, subsidio de transporte y dotación; de conformidad con el Decreto 1042 de 1978 y el Decreto 1919 de 2002. (ii) Que el anterior reconocimiento, perdure mientras persista el vínculo laboral, a manera de reparación integral del daño, conforme lo previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. (iii) Además, que a las sumas que se deban reconocer se adicione los respectivos intereses, o en su lugar sean debidamente indexadas.
- Por último, sugiere que para el cumplimiento de la sentencia, se tengan en cuenta lo previsto en el artículo 192 del CPACA.

1.2.3.- Hechos.

La parte estriba su *petitum* en los sucesos que, en síntesis, se compendian a continuación:

Arguye el demandante que viene vinculado al municipio de San Antonio de Palmito, mediante una relación legal y reglamentaria, en el cargo de Ayudante, código 472, grado 6; sin que esa entidad, le haya reconocido y cancelado los siguientes factores salariales y prestaciones sociales: prima de servicios y bonificación por servicios prestados, bonificación por recreación, prima de alimentación, reliquidación de las cesantías e intereses, reliquidación de la prima de navidad y vacacional, subsidio de transporte y dotación.

Sostiene que de acuerdo con el Decreto 1919 de 2002, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden territorial, es el mismo de los empleados del orden nacional, el cual se encuentra contemplado en el Decreto 1042 de 1978.

Sostiene que en virtud de lo anterior, el 31 de octubre de 2012, solicitó al municipio de San Antonio de Palmito, el reconocimiento de los emolumentos antes enunciados, sin obtener respuesta dentro del término de ley, ocurriendo el silencio administrativo negativo.

1.1.4.- Disposiciones Violadas.

Considera el demandante, que con la actuación de la entidad demandada, se infringieron los siguientes preceptos constitucionales y legales: artículos 1, 2, 4, 13, 23, 25, 29, inciso 3º del 53, 93, 122 y siguiente, 150-5, 150-19, 287, 300-7, 205-7, 313, de la Constitución Nacional; artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículos 45, 46 y 58 del Decreto 1042 de 1978; Decreto 1045 de 1978; artículo 1 y 12 de la Ley 4 de 1992; artículo 16 de la Ley 446 de 1998; Decreto 1919 de 2002.

1.1.5.- Concepto de la violación.

Con el objeto de argumentar la violación de las normas anteriores, el demandante conceptuó que, de acuerdo con el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, se encuentra sujeto a reserva de la ley.

Indica que, en virtud de lo anterior, se expidió la Ley 4ª de 1992, cuyo artículo 12 preceptúa que el régimen prestacional de los empleados del orden territorial será fijado por el Gobierno Nacional; así, éste dictó el Decreto 1919 de 2002, que en su artículo 1º estableció que todos los empleados vinculados a las entidades del orden territorial, gozarán del mismo régimen de prestaciones sociales establecido para los empleados del orden nacional, posición que anota es acogida en el seno de la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la que se inaplica la frase “del orden nacional”.

En ese sentido, aduce el demandante que, le asiste el derecho a los salarios y prestaciones sociales consagradas en el Decreto 1042 de 1978, que contiene el mismo para los empleados del orden nacional, entre ellos, la bonificación por servicio (artículo 45), prima de servicio (artículo 58), auxilio de alimentación (artículo 51), y la bonificación por recreación (Decreto 451 de 1984), so pena de vulnerar el derecho a la igualdad.

Además, afirma que el artículo 1º del Decreto 1919 de 2002, es claro en disponer que el régimen prestacional de los empleados del orden nacional, será el mismo para los empleados del orden territorial.

De otra parte, advierte que la bonificación por servicios prestados, así como la prima de servicios, constituyen factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para la liquidación de los demás prestaciones salariales, tal como lo señala el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

1.1.6. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El municipio de San Antonio de Palmito, resignó contestar la demanda.

1.1.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.1.7.1. La parte demandante. Rehusó alegar de conclusión.

1.1.7.2. La parte demandada: En esta oportunidad, el municipio de San Antonio de Palmito, en línea de principio señaló que la Corte Constitucional mediante sentencia C- 402 de 2013, declaró exequible la expresión “del orden nacional”, contenida en los artículos 1, 31, 45, 46, 50, 51, 58 y 62 del Decreto 1042 de 1978, precisando que el legislador podía establecer ese tipo de distinciones o diferencias en materia salarial entre empelados del orden nacional y empleados del orden territorial. En ese sentido, adujo que, existiendo cosa juzgada sobre la materia, conforme lo establece el artículo 243 de la Constitución Política, no es procedente aplicar el mismo régimen salarial de los empleados del orden nacional a los del orden territorial; además que, el Decreto 1919 de 2002 sólo hizo extensivo a éstos últimos, el régimen prestacional de los primeros, no el salarial.

En ese orden de ideas, concluye que, al demandante por ser empleado del orden territorial, no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicio, bonificación por servicios prestados y auxilio de alimentación, comoquiera que son factores salariales contemplados en el Decreto 1042 de 1978, aplicable solo a los empleados del orden nacional.

1.1.7.3.- El Ministerio Público: No emitió concepto.

2.- ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demandase presentó, el 8 de noviembre de 2013².
- En auto del 15 de enero de 2014, se admitió la demanda³, siendo notificada mediante estado electrónico No. 001 del 16 de enero del 2014⁴.
- A su vez, la notificación de la demanda a las partes se realizó el día 14 de febrero de 2014, a través de mensaje de dato enviado por correo electrónico.⁵
- Mediante auto del 12 de junio de 2014, se señaló fecha para audiencia inicial⁶.
- El día 3 de septiembre de 2014, se llevó a cabo audiencia inicial, la cual se suspendió y continuó el 1º de octubre de 2014, en la cual se fijó el litigio, se decretaron pruebas y se fijó fecha para audiencia de pruebas⁷.
- El día 14 de julio de 2015, se realizó la audiencia de pruebas, en la cual se practicaron y dieron a conocer en diligencia pública las pruebas documentales decretadas a cada una de las partes. Luego de haberse agotado ese trámite, se ordenó presentar por escrito los alegatos de conclusión dentro de los diez días siguientes⁸.

² Así se evidencia con la nota de recibido de la Oficina Judicial de Sincelejo, obrante a folio 9; en concordancia con el acta individual de reparto, visible a folio 22.

³ Folio 28.

⁴ Ver reverso, folio 28.

⁵ Folios 31-32.

⁶ Folio 40.

⁷ Folios 42-43 y 50-51, respectivamente.

⁸ Folios 89-90.

- El 27 de julio de 2015, la parte demanda presentó sus alegatos de conclusión⁹

3.- CONSIDERACIONES.

3.1. 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.

3.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Con la demanda se pretende la nulidad del siguiente acto administrativo:

Acto ficto o presunto consecuencia del silencio administrativo negativo del municipio de San Antonio de Palmito, originado en la petición radicada el 31 de octubre de 2012, mediante la cual el señor ROBERTO ANTONIO CUELLO GUTIÉRREZ, solicitó el reconocimiento y pago de la prima de servicios, bonificación por servicios prestados, bonificación por recreación y prima de alimentación, entre otros emolumentos, así como la reliquidación de sus prestaciones sociales.

3.3. 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 señor ROBERTO ANTONIO CUELLO GUTIÉRREZ, tenía derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios y bonificación por servicios prestados, bonificación por recreación y prima de alimentación, en aplicación del Decreto 1042 y 1045 de 1978, por remisión del Decreto 1919 de 2002, para cuando solicitó el reconocimiento de los mismo; además, establecer si como consecuencia de lo anterior, resulta procedente ordenar la reliquidación de sus prestaciones sociales?*

⁹Folios 92.

En atención a ello, corresponde al Despacho en aras de desatar la Litis, referirse al (i) régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, (ii) lo que ha sido la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la aplicación del decreto 1919 de 2002, y finalmente (iii) los efectos de la sentencia de constitucionalidad C-402 DEL 2013, para luego descender al análisis del caso concreto.

3.3.1. Régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

El numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, establece que corresponde al Congreso de la República, dictar las normas generales y señalar en ella los objetivos y criterios a los cuales debe sujetar el Gobierno para el siguiente efecto:

- “e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública*
- f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.”*

Conforme a la mencionada normatividad, se creó la Ley 4ª 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, en la cual se dispuso:

- “ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:*
- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
 - b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
 - c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
 - d) Los miembros de la Fuerza Pública.”*

(...)

ARTÍCULO 3o. El sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos.

ARTÍCULO 4o. Con base en los criterios y objetivos contenidos en el artículo 2o. el Gobierno Nacional, de cada año, modificará el sistema salarial correspondiente a los empleados enumerados en el artículo 1º literal a), b) y d), aumentando sus remuneraciones.

Igualmente, el Gobierno Nacional podrá modificar el régimen de viáticos, gastos de representación y comisiones de los mismos empleados.

En cuanto al régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales se establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 12. El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.

En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.

PARÁGRAFO. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional.”

Con relación a los Decretos que regulan sobre el tema se tienen los siguientes:

- El **Decreto 1042 de 1978**, por 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, establece en cuanto a su campo de aplicación lo siguiente:

"Artículo 1°. Del campo de aplicación. El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente Decreto regirá para los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante."(Subraya del Juzgado)

En cuanto a los factores que constituyen salario, la mencionada normatividad ha establecido lo siguiente:

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

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."*

Se parte de la base de que los emolumentos enlistados en la norma anterior, son factores salariales, es decir, tiene esa naturaleza jurídica la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados.

Posteriormente, se creó el Decreto 1045 de 1978, "por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional." en donde se indica en su artículo 5° lo siguiente:

"Artículo 5º.- De las prestaciones sociales. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, los organismos a que se refiere el artículo 2 de este Decreto o las entidades de previsión, según el caso, reconocerán y pagarán las siguientes prestaciones sociales:

- a) Asistencia médica, obstétrica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria;*
- b) Servicio odontológico;*
- c) Vacaciones;*
- d) Prima de vacaciones;*
- e) Prima de navidad;*
- f) Auxilio por enfermedad;*
- g) Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional;*
- h) Auxilio de maternidad;*
- i) Auxilio de cesantía;*
- j) Pensión vitalicia de jubilación;*
- l) Pensión de retiro por vejez;*
- m) Auxilio funerario;*
- n) Seguro por muerte."*

- El **Decreto 1919 de 2002**, fijó el **régimen de prestaciones sociales** para los empleados públicos y se reguló el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial, indicando en su artículo 1º lo siguiente:

"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." (Subraya del Juzgado)

Fíjese que la norma anterior, únicamente hizo extensiva la aplicación del régimen prestacional de los empleados nacionales a los empleados del orden territorial, excluyendo dentro de su alcance el régimen salarial. Teniendo en cuenta que dentro de las prestaciones sociales de los empleados públicos, no se encuentra la prima de servicios ni la bonificación por servicios prestados, las cuales son reclamadas por el actor en la presente demanda, no es procedente su reconocimiento, toda vez que los mismos se constituyen como factores salariales.

3.3.2. Pauta jurisprudencial sobre la aplicación del decreto 1919 de 2002.

El Consejo de Estado, al respecto ha señalado:

“... Mediante el Decreto 1919 de 27 de agosto de 2002, el Gobierno Nacional fijó el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y reguló el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales del Nivel Territorial, estableciendo que gozarán de las consagradas para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.”

A partir de la vigencia del citado Decreto 1919 de 2002 (1º de septiembre de 2002), los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades a las que se les aplica el citado decreto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones sociales (de acuerdo con lo señalado en los Decretos 3135 de 1968; Decreto 1848 de 1969 y Decreto 1045 de 1978):

Prima de Navidad; Vacaciones; Prima de Vacaciones; Subsidio Familiar; Auxilio de Cesantía; Intereses a la Cesantía; Calzado y vestido de labor; Pensión de Jubilación; Indemnización sustitutiva de la Pensión de Vejez; Pensión de Invalidez; Indemnización sustitutiva de la Pensión de Invalidez; Pensión de Sobrevivientes; Auxilio de Maternidad; Auxilio por enfermedad; Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional; Auxilio Funerario; Asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, servicio odontológico. ... La prima de servicios 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 nacional¹⁰.

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 extensivas 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 señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional".

Los artículos 45¹¹ y 58¹² del Decreto 1042 de 1978, consagran en su orden, a favor de empleados del orden nacional, la bonificación por servicios prestados y la prima de servicios. (...)"¹³.

¹⁰ Entre otras, sentencia de 27 de septiembre de 2007 Exp. No. 4327-2005, Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO. Sentencia de 23 de agosto de 2007, Exp. No. 0176-2004, Magistrado Ponente: Dr. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE.

¹¹ "ARTÍCULO 45. DE LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS. <Modificado por los Decretos anuales salariales> A partir de la expedición de este Decreto crease una bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el artículo 1o. 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 1o., 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 a la asignación básica y no será acumulativa.

¹² ARTÍCULO 58. 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. Esta prima no regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre.

¹³ Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección B. Consejero Ponente: Doctor Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá D.C., seis (6) de agosto de dos mil ocho (2008). Radicación: No. 08001233100020040101801. Expediente: No. 0507 – 2006. Actor: Mario Yepes del Portillo.

En igual sentido, se pronunció posteriormente, así:

“Adicionalmente no sobra advertir que este Decreto 1042/78 le resulta aplicable a los empleados públicos del orden territorial por expreso mandato del artículo 1° del 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”.¹⁴

Como puede observarse, la posición del Consejo de Estado de inaplicar la frase “del orden nacional” contenida en el Decreto 1042 de 1978, se reiteró 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.

3.3.3. Efectos de la sentencia de constitucionalidad C-402 DEL 2013.

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-402 DEL 2013, analizó la constitucionalidad de los artículos 1, 31, 45, 46, 50, 51, 58 y 62 del Decreto 1042 de 1978, en la que se dijo:

“13. Como se explicó en el fundamento jurídico 4.1., el primer problema jurídico que debe resolverse por parte de la Corte consiste en determinar si del literal e) del artículo 150-19 C.P. se deriva un mandato superior consistente en que el régimen salarial de los servidores públicos, tanto del orden nacional como territorial, debe ser adoptado en su integridad por el Gobierno, sin que ninguna otra autoridad pueda abrogarse esa facultad.

Para la Corte, el precedente analizado demuestra que esta conclusión se basa en una lectura apenas gramatical de la norma constitucional, desarticulada de otros preceptos cuya interpretación sistemática fundamenta la fórmula de armonización entre el Estado unitario y el grado de autonomía de las entidades territoriales, aplicable a la determinación del régimen salarial de los servidores adscritos a dichos entes locales.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección B. sentencia del 16 de abril de 2009. Consejero ponente: doctor GERARDO ARENAS MONSALVE. Radicación: No. 68001231500020030264701. Expediente: No. 00502008.

En efecto, se ha explicado en esta sentencia que la determinación del régimen salarial de los servidores públicos del orden territorial responde a una fórmula de armonización entre el principio de Estado unitario y el grado de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades locales. A partir de ese marco, el Congreso y el Gobierno fijan los criterios y objetivos generales a los que se sujetan las entidades territoriales para el ejercicio de sus competencias, se insiste de raigambre constitucional, para la fijación de las escalas salariales y los emolumentos de los cargos adscritos a ellas.

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.

14.1. La tesis sostenida por el actor, por lo tanto, presentaría al menos dos tipos de problemas. En primer lugar, sostener que el régimen salarial de los servidores públicos adscritos a la Rama Ejecutiva debe estar contenido en un solo estatuto, promulgado por el Gobierno en desarrollo de la ley marco fijada por el Congreso, vaciaría de contenido las competencias de las entidades territoriales explicadas en el fundamento jurídico 6 de esta sentencia. Esto a partir de una maximización del principio de Estado unitario y en abierta contradicción con la eficacia del grado de autonomía que la Constitución reconoce a las mencionadas entidades.

14.2. En segundo lugar, e sta 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.

El Decreto 1042/78, como se explicó a propósito de la argumentación sobre la derogatoria de algunas de sus disposiciones, fue expedido en razón de las facultades para el ejercicio de la actividad legislativa otorgadas al Gobierno por la Ley 5 de 1978, cuyo artículo 1º previó lo siguiente:

"Artículo 1°. De conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de noventa días, contados a partir de la vigencia de la presente Ley, para los siguientes efectos: 1. Fijar, con efectividad al primero (1°.) de enero de 1978, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de:

a) La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, incluidas las unidades administrativas especiales; (...)" (Subrayas no originales).

Así, tanto a partir de la Constitución derogada como de la Carta Política vigente, el Gobierno tenía vedado extender el campo de regulación a la determinación del régimen salarial de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del nivel territorial. Además, dicha extensión uniforme no puede llevarse válidamente a cabo de acuerdo al parámetro constitucional vigente, merced del grado de autonomía anteriormente explicado.

15. Con base en los anteriores argumentos, se tiene que el primer problema jurídico materia de decisión debe resolverse de manera negativa. En consecuencia, no están los presupuestos para decidir acerca del segundo problema jurídico, relativo a la presunta vulneración del principio de igualdad, en tanto su supuesto metodológico es la existencia de un mandato constitucional de regulación uniforme del régimen salarial, que sirviera como criterio de comparación entre los servidores del nivel nacional y del territorial. Como ese mandato no concurre en la Carta Política, dicho juicio no puede llevarse a cabo. Por ende, se impone la declaratoria de exequibilidad de los apartes normativos acusados, por el cargo analizado en esta sentencia".

Vistas las consideraciones antes expuestas, se puede concluir que existe una regulación expresa por parte de la Constitución Política en la que se faculta al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con base en la cual se puede excluir dentro de su regulación a los empleados del nivel territorial, toda vez que cada entidad tiene la facultad de determinar los aspectos concretos de su régimen salarial, conforme a la autonomía que les ha sido reconocida por mandato constitucional, de esta manera es claro que se

puede marcar una diferencia entre los regímenes del nivel nacional y territorial.

En igual sentido, es necesario resaltar lo dicho por la Corte, cuando indica que exigir que el Decreto 1042 de 1978 tenga el alcance no solo para los servidores públicos del orden nacional sino también para los del orden territorial, se configuraría un exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas para expedición de la norma demandada.

Así las cosas, se tiene que la posición del Consejo de Estado de inaplicar por inconstitucional la frase “del orden nacional”, contenida en el Decreto 1042 de 1978, queda sin sustento jurídico, dado que el cargo de inconstitucionalidad estudiado en la sentencia en análisis, claramente era la violación del derecho a la igualdad entre los empleados del nivel nacional y los del nivel territorial y, por ello, al existir pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional sobre su exequibilidad en este punto, máxime cuando, las decisiones emanadas de esa corporación, de conformidad con el artículo 243 de la Constitución Política, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, se hace jurídicamente imposible inaplicar por inconstitucional por violar el derecho a la igualdad, cuando ella fue declarada ajustada a la Carta Magna por el mismo cargo.

Así entonces, no hay duda de la obligatoriedad de las decisiones de constitucionalidad que emanan de la Corte Constitucional y los efectos “respecto de todos” de tales determinaciones, de manera que, con base en el estudio de constitucionalidad traído a colación en precedencia, que el régimen de remuneración consagrado para los empleados públicos del orden nacional consagrado en el Decreto 1042 de 1978, no es extensible a los empleados públicos del nivel territorial, se entrará a estudiar el caso concreto.

Bajo este marco normativo, abordará la Sala el estudio y solución del problema jurídico planteado.

3.4. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

En el asunto bajo examen, como se indicó, se pretende la declaratoria de nulidad del acto administrativo presunto, consecuenciada la petición por medio de la cual el señor ROBERTO ANTONIO CUELLO GUTIÉRREZ solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la prima de servicios, bonificación por servicios prestados, bonificación por recreación y prima de alimentación, a los cuales a su juicio tiene derecho, en virtud del principio de igualdad, dado que si bien a ellas por ley solo tienen derecho los empleados públicos del orden nacional, la jurisprudencia del Consejo de Estado viene reconociendo esos emolumentos también a los empleados del nivel territorial.

En ese sentido, del cotejo probatorio se tienen acreditados en el plenario los siguientes hechos relevantes, relacionados estrictamente con el *sub judice*.

En primer lugar, que el señor ROBERTO ANTONIO CUELLO GUTIÉRREZ, para el momento de interposición de la presente demanda, se encontraba vinculado al municipio de San Antonio de Palmito, en el cargo de Ayudante, Código 472, Grado 6¹⁵, del cual tomó posesión el 2 de enero de 2002¹⁶, advirtiéndose que desde anterioridad venía vinculado a esa entidad, ocupando otros cargos¹⁷.

Asimismo, aparece debidamente probado que el demandante, por conducto de apoderado judicial, solicitó el 31 de octubre de 2012 a la administración municipal de San Antonio de Palmito, el reconocimiento y pago de la prima de servicios, la bonificación por servicios prestados, la bonificación de recreación, la prima de alimentación, entre otros emolumentos; así como la reliquidación de varias prestaciones sociales, incluyendo las cesantías y la prima de navidad.

¹⁵ Ver certificado expedido por la Secretaría General del municipio de San Antonio de Palmito, que obra a f. 19, y f. 64.

¹⁶ Ver acta de posición, a f. 60.

¹⁷ Ver certificado expedido por la Secretaría General del municipio de San Antonio de Palmito, que obra a f. 64.

Además, afirma indefinidamente que el pedimento anterior no obtuvo respuesta, causando ese silencio la negación del acto presunto que aquí se demanda, lo que no fue desvirtuado por la entidad demandada.

En ese orden de ideas, cabe advertir que tal y como se dejó sentado, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado en supuestos jurídicos como el que ahora centra la atención del caso que nos ocupa, permitía acceder a las súplicas de la demanda y, en consecuencia, reconocer los factores salariales consagrados en el Decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del orden territorial, inaplicando, por considerarla inconstitucional, la expresión “del orden nacional”, contenida en la precitada norma.

No obstante lo anterior, en virtud de la decisión contenida en la sentencia C-402 de 2013, que es posterior a las decisiones del Consejo de Estado, la Corte Constitucional declaró ajustados a la Constitución, entre otros apartes del Decreto 1042 de 1978, la expresión que por parte del Consejo de Estado se consideraba atentatorio de la Carta Política de 1991, por lo que, huelga concluir sin hesitación alguna, que el régimen contenido en el pluricitado decreto, 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 administrativas 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.

Así las cosas, se concluye en principio que el señor ROBERTO ANTONIO CUELLO GUTIÉRREZ, no reúne las condiciones necesarias para obtener el reconocimiento de la prima de servicios y bonificación por servicios prestados, amén de su condición de empleado público del orden territorial y no del orden nacional.

En efecto, es menester iterar que el Decreto 1919 de 2002 extendió a los empleados del orden territorial, **únicamente las prestaciones sociales**, más no los factores salariales del orden nacional. De manera que, los empleados del orden territorial, como lo es el demandante, no tienen derecho a que se les cancele la denominada prima de servicios como tampoco la bonificación por servicios prestados, pues como ya se indicó,

ellos constituyen factores salariales de exclusividad de los empleados del orden nacional.

Así entonces, ante la obligación de acoger las decisiones emanadas de los juicios de constitucionalidad realizados por la Corte Constitucional, esta agencia judicial se desprende de la tesis reiterada en supuestos fácticos análogos desplegada por el Consejo de Estado, en consecuencia se dispondrá, en negar el reconocimiento y pago de la prima de servicio y la bonificación por servicios prestados que se pretenden en la demanda.

Conviene precisar que si bien el Gobierno Nacional a través del Decreto 2351 de 2014, estableció que los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden territorial, percibirán la prima de servicios a partir de julio del año 2015, el demandante para cuando presentó la solicitud en sede administrativa, no tenía derecho a la misma, por lo que su negación en ese entonces se ajusta a la ley.

Ahora, en cuanto al reconocimiento del auxilio o prima de alimentación y de la bonificación por recreación, se observa que al expediente se allegó certificado¹⁸⁻¹⁹ salarial del demandante, en el que se comprueba que éste viene percibiendo, a partir del año 2009, el auxilio de alimentación; y desde el año 2006 hasta el año 2012, recibió la bonificación por recreación.

En ese sentido, no hay lugar a ordenar el reconocimiento del auxilio de alimentación, toda vez que no resulta procedente reconocer lo que ya se encuentra reconocido; como tampoco la bonificación por recreación, dado que para cuando el demandante la reclamó a la demandada, esa prestación le venía siendo cancelada, por lo que en esa oportunidad, la negativa de acceder a esa pretensión no desconocía su derecho. En ese sentido, ambos haberes solicitados en la demanda, también serán denegados.

¹⁸ Obrante, a f. 65.

¹⁹ A pesar de que el documento aludido no se encuentra suscrito por ninguna autoridad, este juzgado dará valor probatorio al mismo, al provenir con oficio remisario del municipio de San Antonio de Palmito, a f. 59.

Ahora, respecto de la reliquidación que solicita el demandante de sus cesantías e intereses sobre las mismas, la prima de navidad, subsidio de transporte y dotación, también deberá ser negada por las siguientes razones.

En primer lugar, como se anotó en la pauta pertinente, el demandante no tiene derecho a la prima de servicios y a la bonificación por servicios prestados, por tratarse de un empleado del orden territorial. A su vez, la bonificación por recreación, no constituye factor salarial para efectos prestacionales, tal como lo dispone el artículo 15 del Decreto 2710 de 2001. De manera que, únicamente para efectos de liquidar sus prestaciones sociales, solo se podría tener en cuenta aquí, el auxilio o prima de alimentación.

Sin embargo, se tiene que no obra en el expediente certificado o cualquiera otra prueba en la que consten con certeza los elementos salariales con los cuales se liquidaron las prestaciones sociales del demandante, con el objeto de determinar si ello se hizo conforme a la ley.

A propósito, se recuerda que la carga de la prueba consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes el compromiso que tienen para que los hechos que sirven de cimiento a las pretensiones o a la defensa resulten probados; en este sentido, atingente a los intereses de la parte demandante, debe señalarse que quien promueve la demanda, sabe de antemano cuáles hechos le conviene que aparezcan demostrados en el proceso y, por tanto, sabe de la necesidad de que así sea, especialmente que se trata del soporte mismo del *petitum*.

Así las cosas, atendiendo los argumentos expuestos, se concluye que el demandante no tiene derecho al reconocimiento de la prima de servicios y bonificación por servicios prestados, ni tampoco es procedente ordenar que se reconozca la bonificación por recreación y el auxilio de alimentación, porque los mismos ya venían siendo cancelados cuando solicitó su reconocimiento, además no puede ordenarse la reliquidación de alguna de sus prestaciones, debido a que no probó que sobre alguna de ellas haya una incorrecta liquidación, lo que conlleva a este juzgado

entonces, por ser ese su deber, denegar las súplicas de la demanda, con base en las consideraciones discurridas.

Como último, se advierte que mediante escrito presentado el 22 de enero de 2016²⁰, la apoderada del municipio de San Antonio de Palmito renunció al poder conferido, cumpliendo las previsiones del artículo 76 del C. General del Proceso, por lo que se aceptará la misma. Sin embargo, comoquiera que hasta el momento esa entidad no cuenta con apoderado judicial debidamente constituido, y comoquiera que el artículo 160 del CPACA, exige que la intervención dentro de los procesos contenciosos administrativos se debe realizar mediante abogado inscrito, se oficiará para que constituya apoderado para que asuma la defensa de los intereses de esa entidad dentro del presente proceso, si aún esta providencia no se encuentra ejecutoriada.

4. CONDENA 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 liquidadas por Secretaría conforme las previsiones de los artículos 365 y 366 del C.G.P.

5. DECISIÓN:

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

FALLA:

PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

²⁰ Folio 95.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas a la parte demandante, señor ROBERTO ANTONIO CUELLO GUTIÉRREZ. En firme la presente providencia, por Secretaría **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: OFÍCIESE al representante legal del municipio de San Antonia de Palmito, para que constituya apoderado judicial que asuma la defensa de los intereses de esa entidad dentro del presente proceso, si la presente no se encuentra ejecutoriada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA B.SÁNCHEZ DE PATERNINA
JUEZ