



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
MAGISTRADO PONENTE: LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Ibagué, veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Expediente: 73001-33-33-002-2014-00550-01 (Int. 2147-2016)
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: NANCY BOCANEGRA MORENO
Apoderado: HUILLMAN CALDERÓN AZUERO
Demandado: MUNICIPIO DE PIEDRAS
Apoderado: STIVENS ANDRÉS RODRÍGUEZ – VÍCTOR MANUEL MEJÍA QUESADA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandante y demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué el día 11 de noviembre de 2016, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones.

1. PRETENSIONES

La parte accionante, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, promovió demanda en contra del municipio de Piedras-Tolima, con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto originado de la petición del 27 de julio de 2013, que negó el reconocimiento de unas prestaciones laborales.

Que por lo anteriormente expuesto y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la demandada reconocer los emolumentos laborales como las diferencias salariales causada a favor del actor incluyendo su indexación desde la fecha que sean exigibles.

Que se condene a la demandada a pagar el retroactivo, mínimo de los últimos tres años de la dotación de calzado y vestido de labor, el subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados y la bonificación por recreación.

Que se ordene a la demandada que las condenas emitidas en su contra deberán ser debidamente ajustadas con base en el IPC, para el efecto, por tratarse de pagos de tracto sucesivo la actualización debe aplicarse separadamente, mes por mes, comenzando por la diferencia en la primera mesada pensional.

2. HECHOS

Los que tienen relevancia jurídica son los siguientes:

2.1 Que la demandante se encuentra vinculada al municipio de Piedras-Tolima desde el 24 de febrero de 1999, en el cargo de Auxiliar.

2.2 Que el 27 de julio de 2013, la demandante elevó petición ante el ente territorial, en la que solicitó el reconocimiento del retroactivo de los últimos tres años de la dotación de calzado y vestido laboral, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados y la bonificación por recreación.

2.3 Que la entidad demandada no dio respuesta a lo pedido, lo que dio lugar a la configuración de un acto administrativo ficto o presunto negativo.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Relaciona como normas violadas las siguientes:

- Preámbulo, artículos 1, 2, 5, 6, 13, 25, 29, 48, 53 y 90 de la Constitución Política.
- Ley 70 de 1988, Ley 15 de 1959 y Ley 995 de 2005
- Decreto 1978 de 1989, 1042 de 1978, artículo 51 del Decreto 600 de 2007, artículo 10 del Decreto 627 de 2007, Decreto 1258 de 1959, Decreto 4581 de 2006, artículo 9 del Decreto 1031 de 2011, artículo 9 Decreto 853 de 2012, artículo 10 Decreto 1029 de 2013, Decreto 451 de 1984 y Decreto 4040 de 2006
- Artículo 10 Convención Colectiva.

Sostuvo que la demandada ha violado no solo las normas citadas sino el principio de estabilidad laboral de los trabajadores, al no pagar los emolumentos solicitados por el demandante aun cuando tenía derechos adquiridos.

Que los servidores públicos o trabajadores oficiales tienen derecho a las prestaciones sociales, tales como, prima de servicio, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad y/o incremento por antigüedad, bonificación por recreación, prima de alimentación, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1042 de 1978, Decreto 1919 de 2002 y demás disposiciones legales.

Que el artículo 1° del Decreto 1919 de 2002, dispone que los empleados pertenecientes a las entidades territoriales, por ser empleados públicos de la rama ejecutiva del orden municipal, se les podría aplicar el régimen de prestaciones sociales señalado para los servidores públicos del orden nacional, por lo tanto, resulta necesario inaplicar la expresión “del orden nacional” del artículo 1° del Decreto 1042 de 1978, por vulnerar el derecho a la igualdad.

Que existe la posibilidad de reconocer de manera extensiva factores salariales reconocidos a empleados del orden nacional a aquellos pertenecientes al orden territorial en aplicación del principio de favorabilidad, como lo dispone el Decreto 1919 de 2002.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se opuso a las pretensiones de la demanda.

En relación con el retroactivo de los últimos tres años de la dotación de calzado y vestido labor, indicó que las correspondientes al año 2014, fueron entregadas en su totalidad, para lo cual aportó la invitación de mínima cuantía No. 0015 de 2015, con la respectiva acta de liquidación bilateral del 17 de abril de 2015.

Que, frente al reconocimiento del subsidio de alimentación de los últimos tres años, sostuvo que ha sido cancelado a los servidores públicos a partir del mes de enero de 2014, lo cual quedó demostrado con la certificación de la Jefe de Unidad financiera de ese ente territorial.

Que el pago del auxilio de transporte, resulta improcedente, toda vez que el Decreto 1258 de 1959, que reglamentó la Ley 15 de 1959, en su artículo 2°, dispuso que estaba establecido para todo trabajador dependiente y que residiera o trabajara en los municipios de Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla, Cartagena, Manizales, Santa Marta, Neiva, Popayán, Pereira, Palmira Armenia y Tuluá; además, la mencionada norma exige otros dos requisitos relacionados con que el trabajador devengue menos de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes y que haya transporte público en el municipio respectivo, en este caso, se cumpliría la primera exigencia, pero la segunda no se probó.

Que en cuanto a la bonificación por servicios prestados y a la de recreación, estas no podrán ser reconocidas porque no son aplicables para servidores públicos del orden territorial, sino solo para aquellos pertenecientes al orden nacional, y en ese sentido las corporaciones públicas no tienen la facultad de fijar régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, pues, ello le compete al Congreso de la República y al Gobierno Nacional.

5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El día 11 de noviembre de 2016, el Juzgado Doce Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué, accedió parcialmente a las pretensiones, así:

“(...) RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la existencia del acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo negativo, derivado de la petición incoada por la demandante el 27 de julio de 2013, ante el Municipio de Piedras Tolima.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo ficto o presunto en cuanto negó el reconocimiento de la prestación de calzado y vestido de labor a la demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR al Municipio de Piedras-Tolima a SUMINISTRAR a la señora Nancy Bocanegra Moreno la dotación de vestido y calzado de labor que le adeuda, causada a partir del 27 de julio de 2010 en adelante mientras subsista el vínculo laboral y demuestre cumplir las condiciones de ley. El derecho correspondiente a los periodos anteriores se encuentran prescritos, como se expuso en la parte motiva.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de conformidad a lo expuesto (...)”

Lo anterior, tras considerar que el auxilio de transporte, la bonificación por servicios prestados y la bonificación por recreación son factores salariales de conformidad con el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, por lo que no pueden regirse por el Decreto 1919 de 2002, lo anterior con fundamento en la sentencia C-402 de la Corte Constitucional que declaró exequible la expresión “del orden nacional” contenida en el Decreto 1042 de 1978.

De igual forma, indicó que la demandante en principio sería beneficiaria del pago del subsidio de alimentación porque su asignación básica fue inferior a la establecida en la norma; sin embargo, no existe prueba en el plenario sobre la disponibilidad presupuestal del municipio de Piedras para los años solicitados que permita establecer la razón por la que no fue cancelado, siendo un emolumento creado para empleados del orden territorial, pero su pago condicionado al presupuesto de cada entidad, es decir, que al desconocer si el municipio contaba con el dinero para efectuar el pago de ese factor salarial, la solicitud de su reconocimiento debía ser rechazada.

Por último, se demostró que la actora cumplió con los dos requisitos exigidos para el reconocimiento de la dotación, de conformidad a la norma vigente, esto es, que se encontraba vinculada a la entidad territorial demandada por más de tres meses y devengaba menos de dos salarios mínimos, por lo que se ordenó la entrega de lo pedido en especie, de acuerdo al Decreto 1978 de 1989, en su artículo 2°.

6. RECURSO DE APELACIÓN

6.1 LA PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la decisión adoptada, interpuso recurso de apelación, y expresó que el Decreto 1919 de 2002, establece en el artículo 1° que todos los empleados públicos vinculados a entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva, de todos los niveles departamental, municipal, distrital gozarán del régimen de prestaciones sociales de los del orden nacional.

Que del análisis que hizo la Corte Constitucional, frente a las facultades que tiene el Gobierno Nacional para señalar el régimen prestacional y salarial de los servidores públicos del orden territorial, no se dispone que la potestad que le fue atribuida a las entidades territoriales para determinar el régimen salarial, a través de los órganos competentes, se vean limitadas en su autonomía o se tornen inocuas.

Indicó frente al auxilio de transporte que efectivamente no existe un transporte masivo público en el municipio de Piedras, pero que los trabajadores que laboran a su servicio, sí se deben desplazar de su sitio de trabajo a sus residencias en el servicio que se preste dentro de esa jurisdicción y sus verederas, ya sean carros de escalera, jeeps, moto taxis y demás, servicio de transporte que deben pagar de forma diaria cuatro veces al día; por lo que el demandante si tendría derecho a ese reconocimiento.

Que el subsidio de alimentación tiene fundamento legal en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 y las Leyes 21 de 1982 y 100 de 1993, y se trata de una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, además, este subsidio no es salario, ni se computa como factor del mismo, y es reconocido para empleados del orden territorial.

Que la bonificación por recreación se reconoce a los empleados públicos por cada periodo de vacaciones, en cuantía equivalente a 2 días de la asignación básica mensual

que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute del respectivo periodo, y aunque la misma se encuentra establecida en una norma que regula elementos salariales se trata de una prestación social porque no remunera directamente el servicio y en cambio sí la necesidad de un auxilio adicional para vacaciones, característica propia de una prestación social, por lo que es posible su reconocimiento en este caso.

Y, por último, indicó que es posible el reconocimiento de la bonificación por servicios prestados a la actora, de conformidad con el Decreto 2418 del 11 de diciembre de 2015, mediante el cual se reconoció dicha prestación a los empleados públicos del nivel territorial.

6.2 PARTE DEMANDADA

Que dentro del proceso se encuentra plenamente acreditado que durante el año 2014 la demandante recibió el suministro de la dotación; además, el municipio demandado con posterioridad a la etapa probatorio desarrolló procesos contractuales tendientes a brindar la dotación correspondiente a los empleados de la administración municipal, cumpliendo sus obligaciones laborales.

Que resulta incompatible que se condene al ente territorial a destinar un rubro de su presupuesto para ejecutar una obligación que ya cumplió, pues ello, conllevaría a un doble pago de la dotación ya otorgada a la demandante, siendo un detrimento patrimonial para el municipio.

Por lo anterior, solicitó se modifique el numeral tercero de la sentencia apelada, en el sentido de establecer de manera clara e inequívoca que la obligación del suministro de las dotaciones debe efectuarse en el evento en que no se hubiere procedido con ello.

7. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El expediente fue radicado en esta Corporación el 11 de enero de 2017 y mediante providencia del día 16 del mismo mes y año, se admitió la apelación impetrada por las partes.

El 2 de febrero de 2017, se corrió traslado a las partes por 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión y, posteriormente y por un término igual, se le dio el traslado al representante del Ministerio Público para que rindiera su respectivo concepto; oportunidad en la que la parte demandante reiteró los argumentos expuestos en sus respectivos escritos.

8. CONSIDERACIONES DE LA SALA

8.1 COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para resolver el presente recurso de apelación, tal como lo establecen los artículos 153 y 247-4 del CPACA, este último modificado por el artículo 623 de la Ley 1564 del 2012, en concordancia con el art. 328 del CGP y el Acuerdo PSAA12-9456 del 23 de mayo del 2012, por medio del cual se adoptaron medidas

tendientes a la implementación de la ley 1437 del 2011 en el Distrito Judicial Administrativo del Tolima.

8.2 PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Corresponde determinar si,

- La demandante como empleada del municipio de Piedras-Tolima (nivel territorial) tiene derecho a recibir factores salariales y prestaciones sociales establecidas para empleados del orden nacional.
- La demandante tiene derecho al reconocimiento de los factores salariales de bonificación por servicios y auxilio de transporte, siendo empleada del orden territorial.
- La entidad demandada acreditó la entrega efectiva de la dotación, calzado y vestido labor de los años 2010, 2011, 2012 y 2013 a la demandante, quien es beneficiaria de ello por cumplir los requisitos legales.
- La bonificación especial por recreación es un factor salarial o una prestación social, y, en cualquier caso, es posible reconocerla a favor de la demandante como empleada del nivel territorial.
- La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del subsidio de alimentación contenido en el Decreto 627 de 2007, en caso afirmativo, la falta de prueba sobre la disponibilidad presupuestal puede condicionar su pago.
- Operó el fenómeno jurídico de la prescripción

8.3 HECHOS RELEVANTES JURÍDICAMENTE PROBADOS

HECHO PROBADO	MEDIO PROBATORIO
1. Mediante escrito del 27 de julio de 2013, la demandante solicitó ante el municipio de Piedras-Tolima el reconocimiento y pago con retroactividad de los últimos 3 años del subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados y la bonificación por recreación, sin que a la fecha la entidad demandada haya emitido pronunciamiento alguno.	Documental.- escrito del 27 de julio de 2013 suscrito por la demandante (Fol. 2 al 10)
2. La demandante se desempeña como Auxiliar de la Planta de Personal de la Alcaldía de Piedras – Tolima, y devengaba un salario mensual, así: i) para el año 2010 la suma de \$663.096; ii) para el año 2011 la suma de \$696.251; iii) para el año 2012 la suma de \$738.026 y para el año 2013, la suma de \$763.414.	Documental. - Certificación expedida por la Secretaría General de la Alcaldía del municipio de Piedras-Tolima (folio 11).

3. La demandante se encuentra vinculada en el cargo de Auxiliar código 565, grado 03, nivel administrativo de la Alcaldía del municipio de Piedras desde el 23 de febrero de 1999.	Documental. - Resolución No. 045 del 20 de febrero de 1999 (Fol. 16) Documental. - Acta de posesión del 23 de febrero de 1999. (Fol. 18-19)
4. La empresa Soluciones Integrales Internacionales SAS aceptó la invitación de mínima cuantía No. 015 de 2015, realizada por el municipio de Piedras-Tolima, con el fin de suministrar dotaciones de calzado y vestido de labor año 2014, para los funcionarios que laboraban en la Alcaldía de ese ente territorial, por lo que el 17 de abril de 2015 se llevó a cabo la liquidación del contrato.	Documental. - Aceptación de la oferta No. 015 del 2015 (Fol. 58-63) Documental. - Acta de liquidación bilateral del contrato de mínima cuantía No. 015 de 2015 (Fol.65-67).
5. Mediante certificado del 22 de abril de 2015, la Jefe de la Unidad Financiera del Municipio de Piedras-Tolima, indicó que desde enero de 2014 se le está cancelando a la demandante el subsidio de alimentación.	Documental.- certificación del 22 de abril de 2015, expedido por la Jefe de la Unidad Financiera del Municipio de Piedras-Tolima (Fol. 88)
6. La Secretaria General y de Gobierno del municipio de Piedras-Tolima, el día 28 de abril de 2015, certificó que en ese municipio ni en sus centros poblados, se presta el servicio de transporte local.	Documental. - Certificado del 28 de abril de 2015 (Fol. 102)

Para la Sala, merece plena credibilidad, la documental aportada, en la medida en que fue arrimada al proceso oportunamente por las partes y en ningún momento fue desconocida o tachada, razón por la cual se itera, tiene pleno valor probatorio.

8.4 DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

Teniendo en cuenta que el acto que ha sido demandado es producto de una ficción jurídica que legislador establece cuando quiera que la administración no responda las solicitudes que le son impetradas, se hace necesario precisar tal concepto.

De conformidad con el artículo 83 del CPACA, el silencio se configura si transcurre un lapso de tres (3) meses, contado desde la presentación de una solicitud sin que la entidad haya notificado al interesado la decisión por medio de la cual la resuelve, en cuyo caso se entenderá que fue decidida de forma negativa, sin que se libere de la obligación de responderla, a menos que se hayan utilizado los recursos contra el acto presunto o que habiéndose acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se le haya notificado el auto admisorio de la demanda.

Se trata, entonces, de una garantía consagrada a favor del administrado en virtud de la cual la ley, en ausencia de un pronunciamiento expreso por parte de la entidad, establece un acto administrativo ficto que, por regla general, niega lo reclamado y que faculta al

primero para acudir directamente ante los jueces para cuestionar la legalidad de tal decisión.

Respecto al tema, la Corte Constitucional en sentencia C-875 del 2011, estableció lo siguiente:

“En términos constitucionales se puede definir la figura del silencio administrativo como una herramienta que el legislador ha dispuesto para que el ciudadano pueda: i) hacer valer sus derechos ante la administración de justicia, en el caso del silencio administrativo negativo, por cuanto no puede quedar indefinidamente a la espera de una respuesta por parte del ente estatal encargado de resolverla, hecho que hace necesario crear un mecanismo para que pueda acudir ante la misma administración recurriendo el acto ficto o ante la jurisdicción o, ii) ver satisfechos sus derechos ante la omisión de la administración,...”

Pese a que el silencio administrativo negativo configura una ficción legal denominada como acto ficto o presunto, el cual no es más que la presunción de negativa de la administración por el hecho de no haber resuelto la petición, esto no configura una respuesta, por ende la administración no queda eximida de responder”.

Así pues, las finalidades del silencio administrativo son: i) asegurar la celeridad y eficacia de la actuación administrativa, ii) sancionar a la administración por su inacción y iii) proteger los derechos del particular frente a la inactividad de aquella, facultándolo para debatir en sede judicial el pronunciamiento presunto en defensa de sus intereses.

De los medios de prueba aportados se evidencia que la demandante, el día 27 de julio de 2013, solicitó ante el municipio de Piedras –Tolima, el reconocimiento y pago de la dotación de calzado y vestido, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por recreación y la bonificación por servicios prestados como empleada del mencionado ente territorial, sin que, hasta la fecha de presentación de la demanda, haya sido notificado de acto alguno. Por tanto, se encuentran demostrados los supuestos de hecho exigidos para que opere el silencio negativo y, en consecuencia, para que nazca la negativa cuya declaración se reclamada en la demanda.

8.5 RÉGIMEN PRESTACIONAL Y SALARIAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS TERRITORIALES

8.5.1 El artículo 150 de la Constitución Política, en cuanto a la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, dispuso:

“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”

En virtud de lo anterior, el Congreso de la República dictó la ley 4° de 1992, que en su artículo 12, consagró:

“... 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”.

Igualmente, la Corte Constitucional sobre la competencia sistemática en la fijación del régimen prestacional y salarial de los empleados públicos, manifestó:¹

“...Cuarta. Competencia del Gobierno Nacional para determinar el régimen salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales.

“4.2. Dentro de este contexto, se pregunta, ¿cuál es el marco de competencia de las corporaciones públicas territoriales en materia salarial y prestacional de los empleados de su administración?”

“4.2.1. La propia constitución da una primera respuesta a este interrogante, cuando en el artículo 150, numeral 19, inciso final, establece que las funciones dadas al Gobierno Nacional en materia de prestaciones sociales son indelegables en las Corporaciones públicas territoriales y que éstas tampoco podrán arrogárselas. Debe entenderse, entonces, que corresponde única y exclusivamente al Gobierno Nacional fijar el régimen prestacional de los empleados públicos de los entes territoriales, siguiendo, obviamente, los parámetros establecidos por el legislador en la ley general.

*“En tratándose de los trabajadores oficiales de estas entidades, al Gobierno solamente le corresponde regular el régimen de prestaciones sociales **mínimas**, según lo establece el literal f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución...”*

*“4.2.2. En cuanto a la **asignación salarial**, la respuesta se encuentra en el parágrafo del artículo 12 de la ley 4ª de 1992, cuando señala que ‘El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores -se refiere a los de las entidades territoriales- guardando equivalencia con cargos similares en el orden nacional’.”*

*“Esta atribución que radicó la ley general de salarios y prestaciones en cabeza del Gobierno Nacional, fue declarada exequible por esta Corporación en sentencia C-315 de 1995. En esa oportunidad, la Corte consideró que la competencia del Gobierno para fijar el **límite máximo salarial** de la remuneración de los empleados de los entes territoriales, armonizaba con los principios de economía, eficacia y eficiencia que rigen el gasto público, y no desconocía ni la competencia que la Constitución expresamente otorgó a las autoridades de estos entes para fijar, por una parte, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos dentro de su jurisdicción (artículos 300, numeral 7 y 313, numeral 6 de la Constitución) y, por otra, para determinar los emolumentos de los empleos de sus dependencias (artículos*

¹ Corte Constitucional, sentencia C-510 de 1999. M.P Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

305, numeral 7 y 315, numeral 7 de la Constitución), como tampoco cercenaba el principio de autonomía de que trata el artículo 287 de la Constitución. Se dijo en la mencionada providencia.

“(…)”

“4.3. En estos términos, para la Corte es claro que existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, así: Primero, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero, las asambleas departamentales y concejos municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto, los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las asambleas departamentales y concejos municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional.” (Negrilla fuera de texto).

En este orden de ideas, es claro que por disposición constitucional y legal existe una competencia privativa con respecto a la determinación de las prestaciones sociales que se encuentra en cabeza del Congreso de la República; sin embargo, frente a la escala salarial de los empleados públicos, existe una competencia convergente, sistemática y armónica entre el Legislador, el Gobierno Nacional, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, así como de los Gobernadores y Alcaldes, en donde deberá respetarse los lineamientos y parámetros establecidos por los dos primeros.

En cuanto al régimen prestacional de los empleados públicos en todos los niveles, se tiene 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”; que en su artículo 1º, dispone:

“Artículo 1.- A partir de la vigencia del presente Decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

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

Por último, de conformidad con el artículo 287 de la Constitución Política, las entidades territoriales de acuerdo a su autonomía, pueden participar en la determinación de las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, teniendo en cuenta la

categoría de los empleos a través de las ordenanzas proferidas por las Asambleas departamentales y los Acuerdos de los Concejos distritales e igualmente los gobernadores y alcaldes, deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las Corporaciones públicas territoriales.

8.5.2 BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS Y AUXILIO DE TRANSPORTE

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”***; reguló la bonificación por servicios y el auxilio de transporte, así:

“ARTÍCULO 1º. 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. (...)

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.” (Negrilla fuera de texto).

(...)

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.

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

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.

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

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 50. 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).

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

Con relación a la cuantía de la bonificación por servicios, contenida en el artículo 46 *ibídem*, se debe indicar que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional², dicho precepto se encuentra actualmente derogado en virtud de la subrogación prevista por el Decreto 1374 de 2010, que junto con el Decreto 1345 de 2012, desarrollan la Ley 4ª de 1992; así:

² Vid. Sentencia C-402 de 2013. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

“Artículo 9°. Bonificación por servicios prestados. La bonificación por servicios prestados a que tienen derecho los empleados públicos que trabajan en las entidades a que se refiere el presente Decreto será equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor conjunto de la asignación básica, los incrementos por antigüedad y los gastos de representación, que correspondan al funcionario en la fecha en que se cause el derecho a percibirla, siempre que no devengue una remuneración mensual por concepto de asignación básica y gastos de representación superior a un millón ciento cincuenta y seis mil veintitrés pesos (\$1.156.023) moneda corriente.

*Para los demás empleados, la bonificación por servicios prestados será equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) del valor conjunto de los tres factores de salario señalados en el inciso anterior.”.*³

Y en cuanto al Auxilio de transporte, además de encontrarse regulado en el Decreto 1042 de 1978, tiene un antecedente normativo de creación en la Ley 15 del 30 de abril de 1959 *“Por la cual se da mandato al Estado para intervenir en la industria del transporte, se decreta el auxilio patronal de transporte, se crea el fondo de transporte urbano y se dictan otras disposiciones”*; en la que se dispuso:

*“ARTICULO 2° II. Establécese a cargo de los patronos **en los Municipios donde las, condiciones del transporte así lo requieran a juicio del Gobierno**, el pago del transporte desde el sector de sus residencias hasta el sitio de su trabajo, para todos y cada uno de los trabajadores cuya remuneración no exceda de un mil quinientos pesos (\$1.500.00) mensuales. El Gobierno podrá decretar en relación con este auxilio las exoneraciones totales o parciales que considere convenientes, así como también podrá graduar su pago por escala de salarios o número de trabajadores, o monto del patrimonio del respetivo taller, negocio o empresa. (negrilla fuera de texto)*

PARAGRAFO. El valor que se paga por auxilio de transporte no se computará como factor de salario se pagará exclusivamente por dos días trabajados. (...)

Es decir, que conforme a la Ley 15 de 1959, existía la posibilidad de reconocer por parte de los pratonos de algunos municipios el pago del transporte al empleado desde su residencia hasta su sitio de trabajo; sin embargo, se trataban de municipios donde las condiciones de transporte lo requerían a juicio del Gobierno, por lo que mediante Decreto 1258 del 30 de abril de 1959 *“Por el cual se reglamenta la Ley 15 de 1959 sobre "Intervención del Estado en el Transporte", y "Creación del Fondo de Subsidio de Transporte”*, se establece de manera expresa aquellos municipios en los que se debía reconocer el pago de transporte, así:

“Artículo primero. Para efectos de lo dispuesto en la Ley 15 de 1959, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

a). Se entiende por "Auxilio de Transporte", la cuota que entregarán a los trabajadores sus respectivos patronos, en los Municipios que determine el Gobierno.

(...)

³ A través del Decreto 1374 de 2010, fueron fijadas 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, y se dictan otras disposiciones.

Artículo segundo. El auxilio de transporte de que trata la Ley 15 regirá, en beneficio de todo trabajador dependiente, cuya remuneración mensual no sea superior a mil quinientos pesos (\$1.500.00), y que resida o trabaje en los siguientes Municipios: Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla, Cartagena, Manizales, Bucaramanga, Ibagué, Cúcuta, Pasto, Santa Marta, Neiva, Popayán, Pereira, Palmira, Armenia y Tulúa.(...)”

De lo anterior, se logra concluir que la bonificación por servicios prestados y el auxilio de transporte regulados en el Decreto 1042 de 1978, fueron creados como **factores salariales a favor de los empleados públicos del orden nacional**; sin embargo, era posible el reconocimiento del pago de transporte para los empleados de los municipios establecidos en el Decreto 1258 de 1959.

8.5.3 BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN

El Decreto 451 del 23 de febrero de 1984 “*Por el cual se dictan unas disposiciones en materia salarial para el personal que presta servicios en los Ministerios, departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas del orden nacional*”, en su artículo 3º, creó la bonificación especial de recreación, así:

“(...) 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 crea en el presupuesto de las entidades el respectivo rubro presupuestal, podrá diferirse la fecha señalada para el pago de la bonificación.
(...)”*

El anterior decreto fue derogado por el artículo 18 del Decreto 25 de 1995 “*Por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, Establecimientos Públicos, Entes Universitarios Autónomos, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Sociedades de Economía Mixta sometidas al régimen de dichas empresas, del orden nacional y se dictan otras disposiciones*”, que en relación con la bonificación especial por recreación:

“(...) Artículo 15. Bonificación especial de recreación. Los empleados públicos a que se refiere el presente Decreto 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 iniciar el disfrute de sus vacaciones.

Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagará por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha señalada para iniciar el disfrute del descanso remunerado”.

Otra disposición normativa en la que se encuentra establecida la bonificación por recreación es en el Decreto 404 del 8 de febrero de 2006 “*Por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional.*”, en el que se indicó:

“(…) ARTÍCULO 1º. Los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados a las entidades públicas del orden nacional y territorial, que se retiren del servicio sin haber cumplido el año de labor, tendrán derecho a que se les reconozca en dinero y en forma proporcional al tiempo efectivamente laborado las vacaciones, la prima de vacaciones y la bonificación por recreación”.

Ahora frente a la naturaleza de la bonificación especial por recreación, se debe indicar que, si bien fue creada mediante el Decreto 451 de 1984, que reguló disposiciones en materia salarial, el Consejo de Estado ha sostenido que esa bonificación no sería factor salarial sino una prestación social, con el siguiente argumento⁴:

“(…) De la bonificación especial por recreación

A efecto de referirnos a la bonificación por recreación, la Sala considera necesario precisar algunos conceptos que se originan en la relación laboral, como son el sueldo, salario, factor salarial y prestaciones sociales.

Se llamó sueldo en la Ley 83 de 1931, al pago de los servicios de los empleados públicos, el cual debía hacerse por períodos iguales vencidos y sin que sobrepasara el mes calendario. Esa noción es restringida y coincide con la hoy denominada asignación básica fijada por la ley para los diversos cargos de la administración pública.

Por su parte, el salario es una noción más amplia que comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución directa por sus servicios. Su regulación le corresponde al legislador dentro de los criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad, con fundamento en los principios constitucionales como: igualdad, garantía de una remuneración mínima, vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos y primacía de la realidad sobre la formalidad.

El Decreto Ley 1042 de 1978, en su artículo 42, indica que forman parte del salario además de la asignación básica mensual, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, las primas, las bonificaciones, los viáticos y otros elementos de los cuales algunos constituyen factor salarial y otros no.

Diferenciar si constituye o no factor salarial corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador

⁴ Consejo De Estado -Sala De Lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Sección B, Bogotá D. C., Veintiocho De Septiembre De Dos Mil Dieciséis, Radicación No.: 11001 03 25 000 2013 01384 00 (3497 2013), Medio De Control: Recurso Extraordinario De Revisión.

*como contraprestación Las prestaciones sociales a diferencia del salario, han sido establecidas por el legislador para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador originadas a lo largo de la relación laboral que no retribuyen directamente el servicio prestado. Estas pueden estar representadas en dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador, como por ejemplo, la desocupación, la pérdida ocasional o permanente, parcial o total de su capacidad laboral por enfermedad, accidente, vejez, muerte, **así como también otras necesidades complementarias, como las recreativas.** directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario.*

Se han establecido unas prestaciones a cargo del empleador y otras del Sistema de Seguridad Social. **De manera enunciativa pueden citarse a cargo del empleador las siguientes: bonificación por recreación,** vacaciones y prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, calzado y vestido de labor, bonificación de dirección para gobernadores y alcaldes y bonificación de dirección para altos funcionarios del Estado. A cargo del Sistema de Seguridad Social pueden señalarse: auxilio de maternidad, auxilio de enfermedad, indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional, auxilio funerario, asistencia médica, pensión de invalidez, subsidio familiar indemnización sustitutiva de pensión, pensión de jubilación, de sobrevivientes, entre otras.

Para aterrizar el asunto bajo estudio, debe recordarse que la bonificación especial de recreación es una prestación social creada por el Decreto 451 de 1984, como un pago complementario a todo empleado público que se reconoce cuando se le decretan sus vacaciones en cuantía equivalente a 2 días de la asignación básica mensual que se pagará antes del disfrute del descanso remunerado.

Se erigió entonces como un factor de recreación no salarial para ningún efecto legal y con esa naturaleza se ha mantenido en cada uno de los decretos que año a año expide el Gobierno Nacional con base en la Ley 4ª de 1992, en los cuales fijan las escalas de remuneración de los empleados públicos.

La jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación de manera unificada y pacífica acorde con la naturaleza de su creación, ha señalado que la bonificación especial por recreación, no constituye un factor salarial para nutrir la base de liquidación pensional y ha negado las pretensiones que buscan su inclusión como parte de ella.

(...)

Para la Sala, la claridad normativa que ofrece el decreto de su creación así como los decretos gubernamentales expedidos anualmente, sumado a la tesis jurisprudencial consolidada de la Sección Segunda de esta Corporación sobre el carácter no salarial de la bonificación especial por recreación, son suficientes para demostrar que el pago ordenado por la decisión cuestionada, y realizado por la UGPP, al señor John Marlon Ferrer Olivares, excede lo debido de acuerdo a la ley, razón por la cual el recurso extraordinario debe prosperar.(...)”(negrilla fuera de texto)

8.5.4 SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN

El Decreto 1042 de 1978, disposición aplicable a empleados del orden nacional, en el artículo 42 literal e) definió el auxilio de alimentación como factor salarial, y determinó:

“(…) ARTÍCULO 51. 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.

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.”

Es decir, que el auxilio de alimentación es un factor salarial que en principio fue establecido para los empleados del orden nacional; sin embargo, mediante el Decreto 627 de 2007 “*Por el cual se establece el límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones*”, fue creado para empleados del orden territorial, así:

*“(…) Artículo 4º. El subsidio de alimentación de los empleados públicos de las entidades a que se refiere el presente decreto, que devenguen asignaciones básicas mensuales no superiores a novecientos noventa y tres mil quinientos noventa y un pesos (\$993.591) moneda corriente, será de treinta y cinco mil quinientos doce pesos (\$35.512) moneda corriente mensuales o proporcional al tiempo servido, pagaderos por la respectiva entidad, **sujeto a la disponibilidad presupuestal.***

No se tendrá derecho a este subsidio cuando el respectivo empleado disfrute de vacaciones, se encuentre en uso de licencia, suspendido en el ejercicio de sus funciones o cuando la entidad suministre alimentación a los empleados que conforme a este artículo tengan derecho al subsidio.”(negrilla fuera de texto)

A partir del Decreto 627 de 2007, se expidió cada año los Decretos que establecían la escala salarial para los empleados del orden territorial, que contenían entre otros el subsidio de alimentación, (Decretos No. 667 de 2008, 732 de 2009, 1397 de 2010, 1048 de 2011, 840 de 2012 y 1015 de 2013), en los que se fijaron unas características para su reconocimiento, a saber: i) que el empleado debía percibir una asignación básica mensual inferior a la establecida en dichas normas; ii) el subsidio de alimentación es pagadero por la respectiva entidad, iii) el subsidio está sujeto a la disponibilidad presupuestal y, iv) no se reconocerá cuando el respectivo empleado esté disfrutando de vacaciones, en uso de una licencia, suspendido en el ejercicio de sus funciones o cuando la entidad suministre alimentación a los empleados que tengan derecho al subsidio.

8.5.5 DOTACIÓN CALZADO Y VESTIDO LABOR

La Ley 70 del 19 de diciembre de 1988 “*Por la cual se dispone el suministro de calzado y vestido de labor para los empleados del sector público*”, creó esta prestación y en su artículo 1º, estableció:

“ARTÍCULO 1. Los empleados del sector oficial que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente, Esta prestación se reconocerá al empleado oficial que haya cumplido más de tres (3) meses al servicio de la entidad empleadora.

ARTÍCULO 2. Esta prestación no es salario, ni se computará como factor del mismo en ningún caso”.

Posteriormente, mediante el Decreto 1978 del 31 de agosto de 1989 “Por el cual se reglamentó parcialmente la Ley 70 de 1988”, se estableció dicha prestación no solo a favor de los empleados del orden nacional, sino para aquellos del orden territorial, así:

“ARTÍCULO 1º.- Los trabajadores permanentes vinculados mediante relación legal y reglamentaria o por contrato de trabajo, al servicio de los Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta tanto en el orden nacional como en las entidades territoriales; tendrán derecho a que la respectiva entidad les suministre en forma gratuita, cada cuatro meses, un par de zapatos y un vestido de trabajo.

ARTÍCULO 2º.- El suministro a que se refiere el artículo anterior deberá hacerse los días 30 de abril, 30 de agosto y 30 de diciembre de cada año. La entrega de esta dotación para el trabajo, no constituye salario ni se computará como factor del mismo en ningún caso.

ARTÍCULO 3º.- Para tener derecho a la dotación a que se refiere este Decreto, el trabajador debe haber laborado para la respectiva entidad por lo menos tres (3) meses en forma ininterrumpida, antes de la fecha de cada suministro, y devengar una remuneración mensual inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente

ARTÍCULO 4º.- La remuneración a que se refiere el artículo anterior, corresponde a la asignación básica mensual.

ARTÍCULO 5º.- Se consideran como calzado y vestido de labor, para los efectos de la Ley 70 de 1988 y de este Decreto, las prendas apropiadas para la clase de labores que desempeñen los trabajadores beneficiarios, de acuerdo con el medio ambiente en donde cumplen sus actividades.

(...)

ARTÍCULO 7º.- Los beneficiarios de la dotación de calzado y vestido de labor quedan obligados a recibirlos debidamente y a destinarlos a su uso en las labores propias de su oficio, so pena de liberar a la empresa de la obligación correspondiente”.

De conformidad con lo anterior, se infiere que la dotación es una prestación social consistente en la entrega gratuita y material de un vestido y un calzado a cargo del empleador y para uso del servidor en las labores propias del empleo que ejerce, por lo que el empleado debe recibir una asignación básica mensual inferior a dos salarios

mínimos legales mensuales vigentes, y haber laborado más de tres meses al servicio de la entidad antes de la fecha de cada suministro.

8.5. CASO CONCRETO

En el *sub júdice*, el demandante pretende el reconocimiento mínimo de los últimos tres años de la dotación de calzado y vestido labor, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados y la bonificación por recreación, como empleada del municipio de Piedras-Tolima, además de su indexación desde la fecha que se hizo exigible y ajustes de acuerdo al IPC.

El Juzgado de Instancia accedió parcialmente a las pretensiones relacionadas con la dotación porque la demandante cumplía con los requisitos establecidos en el Decreto 1978 de 1989, pero negó lo relacionado con el auxilio de transporte, la bonificación por servicios prestados y la bonificación por recreación por tratarse de factores salariales de conformidad con el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, los cuales no podían regirse por el Decreto 1919 de 2002, lo anterior con fundamento en la sentencia C-402 de la Corte Constitucional; igualmente negó el reconocimiento del subsidio de alimentación porque no existía prueba sobre la disponibilidad presupuestal del municipio de Piedras para los años solicitados, siendo indispensable para efectuar ese pago.

La parte demandante, presentó recurso de apelación y señaló que: i) el Decreto 1919 de 2002, establece en el artículo 1° que todos los empleados públicos vinculados a entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva, de todos los niveles departamental, municipal, distrital gozarán del régimen de prestaciones sociales de los del orden nacional; ii) que aunque en el municipio de Piedras no existe un transporte masivo público, los trabajadores que laboran a su servicio, sí se deben desplazar de su sitio de trabajo a sus residencias en el servicio que se preste dentro de esa jurisdicción y sus veredas, ya sean carros de escalera, jeeps, moto taxis y demás, por lo que el demandante si tendría derecho a ese reconocimiento; iii) que el subsidio de alimentación no es salario, ni se computa como factor del mismo, y es reconocido para empleados del orden territorial y iv) que la bonificación por recreación aunque se encuentra establecida en una norma que regula elementos salariales se trata de una prestación social porque no remunera directamente el servicio y en cambio sí la necesidad de un auxilio adicional para vacaciones, característica propia de una prestación social, por lo que es posible su reconocimiento en este caso.

Y, por último, indicó que es posible el reconocimiento de la bonificación por servicios prestados a la actora, de conformidad con el Decreto 2418 del 11 de diciembre de 2015, mediante el cual se reconoció dicha prestación a los empleados públicos del nivel territorial.

Por su parte, la entidad demandada indicó que se encuentra plenamente acreditado que durante el año 2014 la demandante recibió el suministro de la dotación; además, el municipio demandado con posterioridad a la etapa probatorio desarrolló procesos contractuales tendientes a brindar la dotación correspondiente a los empleados de la administración municipal, cumpliendo sus obligaciones laborales; por lo que resulta incompatible que se condene al ente territorial a destinar un rubro de su presupuesto para

ejecutar una obligación que ya cumplió, pues ello, conllevaría a un doble pago de la dotación ya otorgada a la demandante, siendo un detrimento patrimonial para el municipio.

De lo probado en el proceso se tiene que:

- Mediante escrito del 27 de julio de 2013, la demandante solicitó ante el municipio de Piedras-Tolima el reconocimiento y pago con retroactividad de los últimos 3 años del subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados y la bonificación por recreación.⁵
- Que la demandante se desempeña como Auxiliar de la Planta de Personal de la Alcaldía de Piedras – Tolima, y devengaba un salario mensual así: i) para el año 2010 la suma de \$663.096; ii) para el año 2011 la suma de \$696.251; iii) para el año 2012 la suma de \$738.026 y para el año 2013, la suma de \$763.414.⁶
- Que la demandante se encuentra vinculada en el cargo de Auxiliar código 565, grado 03, nivel administrativo de la Alcaldía del municipio de Piedras desde el 23 de febrero de 1999.⁷
- Que la empresa Soluciones Integrales Internacionales SAS aceptó la invitación de mínima cuantía No. 015 de 2015, realizada por el municipio de Piedras-Tolima, con el fin de suministrar dotaciones de calzado y vestido de labor año 2014, para los funcionarios que laboraban en la Alcaldía de ese ente territorial, por lo que el 17 de abril de 2015 se llevó a cabo la liquidación del contrato.⁸
- Mediante certificado del 22 de abril de 2015, la Jefe de la Unidad Financiera del Municipio de Piedras-Tolima, indicó que desde enero de 2014 se le está cancelando a la demandante el subsidio de alimentación.⁹
- La Secretaria General y de Gobierno del municipio de Piedras-Tolima, el día 28 de abril de 2015, certificó que en ese municipio ni en sus centros poblados, se presta el servicio de transporte local.¹⁰

De lo anterior, se logra evidenciar que la demandante es empleada del orden territorial, pues, se desempeña como Auxiliar de la Planta de Personal de la Alcaldía de Piedras – Tolima, y devengaba un salario mensual así: i) para el año 2010 la suma de \$663.096; ii) para el año 2011 la suma de \$696.251; iii) para el año 2012 la suma de \$738.026 y para el año 2013, la suma de \$763.414.¹¹

Teniendo en cuenta lo pretendido en la demanda, es importante tener claro el concepto de salario y prestación social, con el fin de determinar aquellas acreencias laborales que

⁵ Folios 2 al 10 del expediente.

⁶ Certificado expedido por la Secretaría General de la Alcaldía del municipio de Piedras-Tolima folio 11.

⁷ Resolución No. 045 del 20 de febrero de 1999 y acta de posesión del 23 de febrero de 1999. (Fol. 16 y 18-19)

⁸ Aceptación de la oferta No. 015 del 2015 (Fol. 58-63) y el acta de liquidación bilateral del contrato de mínima cuantía No. 015 de 2015 (Fol.65-67).

⁹ Certificado del 22 de abril de 2015 (Fol. 88)

¹⁰ Certificado del 28 de abril de 2015 (Fol. 102)

¹¹ Certificado expedido por la Secretaría General de la Alcaldía del municipio de Piedras-Tolima folio 11.

pueden ser reconocidas, pues, la demandante solo podría acceder a aquellos factores salariales establecidos de manera expresa para empleados del orden territorial, diferente a lo ocurrido con las prestaciones sociales, que aun siendo reconocidas a empleados del orden nacional, pueden aplicarse a los del orden territorial, por remisión del artículo 1° del Decreto 1919 de 2002.

Al respecto, el Consejo de Estado dentro del expediente número 4935-05¹², precisó:

“En cuanto al salario se ha entendido de manera general que es todo lo que se paga directamente por la retribución o contraprestación del trabajo realizado...”

A su turno, esta Sección en sentencia del 25 de marzo de 2004 proferida dentro del proceso referenciado con el número 1665-03, dijo que “(...) el concepto de salario ha sido definido en la ley laboral colombiana, tradicionalmente como la retribución por el servicio prestado. Por ello, todo pago recibido del empleador que además de tener un propósito retributivo constituya un ingreso personal del funcionario y sea habitual, tiene NATURALEZA salarial.”

Las prestaciones sociales, por su parte, han sido establecidas por el legislador para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo. Estas pueden estar representadas por dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador.

La Corte Suprema de Justicia las ha definido como aquello que debe el patrono al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas o en pactos colectivos, o en el contrato de trabajo, o establecida en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono; para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. ¹³

Las anteriores definiciones dejan claro que tanto las prestaciones sociales como el salario emergen indudablemente de los servicios subordinados que se prestan al empleador. En otras palabras, unos y otros se derivan igualmente de la relación de trabajo.

No obstante devenir de una misma fuente, las dos tienen características que las diferencian, como que la prestación social no retribuye propiamente la actividad desplegada por el trabajador, sino que cubre los riesgos, infortunios o necesidades a que se puede ver enfrentado.

También se diferencian en que las prestaciones sociales no emergen por criterios particulares y concretos, sino por aspectos generales en relación con todos los trabajadores o un grupo considerable de ellos, contrario sensu, el salario sí se constituye frente a casos particulares y concretos, atendiendo un factor objetivo o subjetivo o ambos.

Cuando se habla del factor objetivo se hace referencia a que el salario se instituye dependiendo de criterios de responsabilidad y/o complejidad del cargo o empleo, y subjetivo cuando para establecerlo se atienden circunstancias tales como la capacidad, nivel académico o experiencia del empleado...”

¹² Sentencia del 05 de agosto de 2010. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

¹³ Ver entre otras las sentencias 8347 del 30 de mayo de 1996, 30745 del 19 de agosto de 2009, 36108 del 25 de junio de 2009.

Por lo anterior, se puede determinar que, aunque las prestaciones sociales y el salario devienen de una relación de trabajo, tienen una naturaleza distinta, por ello, es admisible que puedan ser susceptibles de ser reguladas de diferente forma.

Frente a la pretensión de extender el régimen salarial de los empleados del orden nacional a aquellos del nivel territorial, el Consejo de Estado ha establecido:

*“Aunado a lo expuesto, es pertinente agregar que como quiera que la bonificación por servicios prestados cuya titularidad reclama el demandante, no tiene carácter prestacional, sino salarial según lo establece el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, en principio no es posible aplicar lo previsto en el artículo 1° del Decreto 1919 de 2002¹⁴, pues dicha disposición lo que autoriza es aplicar el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, entre otros, a los empleados del nivel del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, distrital y Municipal, y según lo visto la acreencia reclamada no goza de dicha naturaleza”.*¹⁵

Igualmente, en Providencia de la Sección Segunda – Subsección B, del 13 de septiembre de 2012, radicado interno No. 2510-2011, la misma corporación, indicó:

*“...Tampoco se puede otorgar un reconocimiento, por el sólo hecho de que la citada Ordenanza no ha sido declarada nula, ni mucho menos pretender que se de aplicabilidad al **Decreto 1919 de 2002** pues, por un lado, a esta jurisdicción le es imposible acceder a cualquier pretensión cuando existe de por medio quebrantos al orden constitucional y legal, y por otro, porque **sólo se puede extender el citado marco normativo a los empleados públicos de cualquier nivel, cuando se trata del régimen prestacional, mas no, del salarial, como en el presente caso**”¹⁶. (Resaltado fuera de texto).”*

La Corte Constitucional, en sentencia C-402 del 03 de julio de 2013¹⁷, señaló que:

“(...) 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. 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

¹⁴ “Artículo 1°. 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”.

¹⁵ En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en la sentencia del 23 de octubre de 2008, dictada dentro del expediente No. 08001-23-31-000-2001-00881-01 (730-07), con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁶ Providencia de la Sección Segunda – Subsección B, de 13 de septiembre de 2012, con ponencia de quien ahora lo hace en el presente asunto, radicado interno No. 2510-2011.

¹⁷ Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

variables presupuestales, la estructura institucional de la entidad territorial, el nivel de especialización profesional requerida, etc. 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. 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.

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 1° previó lo siguiente: (...). 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. 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

(...)

Ahora bien, en relación específica con la regulación de los asuntos salariales en el orden territorial, la Corte ha previsto que "...cabe destacar que la facultad de fijar el régimen de salarios de los servidores públicos corresponde al Congreso y al Presidente de la República, en la forma ya enunciada. A partir de esa fijación, procede la intervención de los concejos municipales y las asambleas departamentales, por mandato de los artículos 313-6 y 300-7 superiores, respectivamente, y en forma complementaria (sic), con el fin de adoptar en esas secciones del territorio la política de salarios. Efectivamente, con base en el máximo salarial previamente delimitado por el gobierno nacional, los alcaldes y los gobernadores señalan las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, en lo que se ha denominado un proceso de definición armónica entre las distintas autoridades que intervienen en el mismo. En cambio, respecto del régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos territoriales, la competencia es indelegable en las corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogárselas, por expresa prohibición constitucional.

(...)

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", 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.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-No configuración

Frente al segundo aspecto, relacionado con la presunta existencia de cosa juzgada sobre la materia, se advierte que en lo que respecta a los artículos 45, 46 y 58 del Decreto 1042/78, existe pronunciamiento sobre su exequibilidad por parte de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, durante la vigencia de la Constitución anterior, en sentencia No. 91 del 16 de octubre de 1986. Expediente 1459 (M.P. Hernando Gómez Otálora). No obstante, esta decisión no versa sobre los mismos problemas jurídicos ahora analizados, por lo que se estaría, a lo sumo, ante el fenómeno de la cosa juzgada aparente, lo cual no inhabilita el examen del asunto por parte de la Corte".

Cabe advertir que aunque en algunos casos el Consejo de Estado ha indicado que en virtud del principio de igualdad era posible inaplicar la expresión "del orden nacional" contenida en el artículo 1° del Decreto 1042 de 1978, para extender los beneficios salariales reconocidos en dicha normativa a los empleados públicos del nivel territorial; a partir de la sentencia C-402 de 2013, no es procedente continuar con la aplicación de este criterio por las razones expuestas en esa providencia constitucional.

El Consejo de Estado, respecto al reconocimiento y pago de factores salariales o prestaciones sociales que no se encuentran consagrados en normas de orden legal, expuso:¹⁸

"Así las cosas, el establecimiento del régimen salarial de los empleados públicos del orden nacional o territorial, conforme a lo expuesto, es una materia ciertamente reservada al gobierno nacional y, como consecuencia, la misma suerte corre la concepción o la determinación de sus factores, por lo que no es posible que una potestad retenida sea ejercitada por autoridad diferente de las señaladas en la Constitución Política, la cual es indelegable e intransferible a los entes territoriales.

En esas condiciones, no puede reconocerse como factor salarial o como prestación social aquellos beneficios económicos que no han sido previstos por las autoridades competentes - congreso y gobierno nacional -, pues de tenerlos en cuenta, a pesar de no haber sido consagrados por ellas, iría en clara contravía de disposiciones constitucionales y legales. Por lo tanto, las prestaciones sociales de los empleados públicos del orden seccional o local se liquidan sólo con fundamento en los factores salariales señalados por tales autoridades."

En el mismo sentido, en un pronunciamiento más reciente, el Consejo de Estado, frente a la inaplicación inaplicación de la expresión "del orden nacional" contenida en el artículo

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 06 de diciembre de 2006, M.P. Dr. Alberto Arango Mantilla, Radicación número: 73001-23-31-000-2002-01715-01(5639-05).

1° del Decreto 1042 de 1978, en un caso donde se pretendía el reconocimiento de la bonificación por servicios por parte de un empleado del orden territorial, indicó¹⁹:

“(…) La parte demandante en el escrito de apelación solicita la inaplicación de la expresión del “orden nacional” dispuesta en el artículo 1 del Decreto 1042 de 1978, por considerar que se debe hacer extensivas estas prestaciones, al demandante en su condición de empleado del nivel territorial.

Al respecto esta Corporación en sentencia del 15 de febrero de 2018 proferida dentro del expediente con radicación interna No. 3056 – 2016, con ponencia del doctor Rafael Francisco Suárez Vargas, respecto a la inaplicación del artículo 1 del Decreto 1042 de 1978, señaló:

“Por último, es preciso resaltar que la Corte Constitucional en la sentencia C-402 del 3 de julio de 2013²⁰ declaró la exequibilidad de la expresión «del orden nacional» contenida en el artículo 1.º del Decreto 1042 de 1978, que por vía de excepción de inconstitucionalidad el Consejo de Estado venía inaplicando²¹ por estimar que vulneraba el derecho a la igualdad consagrado en el art. 13 de la Carta Política, y por esa vía se tornaba factible el reconocimiento de factores salariales dispuestos en el Decreto 1042 de 1978 a empleados públicos del orden territorial.

La sentencia de exequibilidad de la Corte Constitucional es posterior a todas las providencias del Consejo de Estado que constituían en cierta medida un precedente sobre la materia, con lo cual quedó zanjada la discusión, pues conforme al artículo 243 Superior «los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional». (...)

Dejó la Corte Constitucional claramente despejado que los cargos por los cuales se acusaron los anteriores preceptos del mencionado decreto²², en realidad no comportan una discriminación entre los empleados públicos del orden nacional con respecto de los del nivel territorial, y para lo cual consideró: (...)

Así las cosas, para la Sala resulta claro que al ser la Corte Constitucional la que decidió declarar exequible la expresión «del orden nacional» contenida en el Decreto 1042 de 1978, que en diversos fallos el Consejo de Estado venía inaplicando con fundamento en los artículos 4 y 13 de la Constitución Política, no se requiere de mayores razonamientos para establecer que lo procedente es entender que el régimen salarial establecido por el aludido decreto, dentro del cual figura la bonificación por servicios prestados, es de aplicación exclusiva de los empleados del orden nacional y en manera alguna tiene cabida respecto de los empleados del orden territorial, como lo pretende la parte actora. (...)”

¹⁹ Consejo De Estado - Sala De Lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda-Subsección “B”; Consejero PONENTE: César Palomino Cortés, Bogotá D.C., NUEVE (9) DE MAYO DE DOS MIL DIECINUEVE (2019), Radicación NÚMERO: 08001-23-33-000-2014-00249-01(4639-16)

²⁰ MP Dr. Luís Ernesto Vargas Silva.

²¹ Véase la sentencia del 2 de mayo de 2013, expediente 0477-12, actor: María Helena Rodríguez Gamboa, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

²² El demandante estimaba que los apartes de los artículos demandados «desconocen los artículos 13 y 53 C.P., pues imponen una discriminación injustificada entre los servidores públicos del orden nacional y territorial, cuando por expreso mandato superior ambos deben estar regulados por el mismo régimen salarial y prestacional. Esta distinción, a su vez, plantea diferencias en cuanto a las prestaciones económicas que tienen unos y otros, lo que afecta su derecho al trabajo, en su componente de remuneración equitativa».

En conclusión, de lo indicado por la Corte Constitucional en sentencia C-402 del 03 de julio de 2013, se logra establecer que no es posible la extensión uniforme y automática del régimen salarial de los empleados públicos del orden nacional a los trabajadores del nivel territorial, pues, de esta manera se desconocería la autonomía que la Constitución Política ha conferido a las autoridades seccionales, más aun, porque se trata de una sentencia de constitucionalidad que es de obligatorio acatamiento y tiene efectos erga omnes, además de hacer tránsito a cosa juzgada, ya que determina en forma definitiva la continuidad o no de la norma dentro del sistema jurídico, así como su debida interpretación.

i) Bonificación por servicios y Auxilio de transporte

De acuerdo a lo consagrado en el Decreto 1042 de 1978, en concordancia con los artículos 17, 33, 45 y 46 del Decreto 1045 del mismo año, se tiene que la bonificación por servicios y el auxilio de transporte son factores salariales y no prestaciones sociales, lo que impide dar aplicación a lo dispuesto en el Decreto 1919 de 2002, pues, con esta última normatividad se hizo extensivo el régimen prestacional de los empleados públicos en todos los niveles, pero dejó incólume lo relacionado con el régimen salarial de estos.

Cabe aclarar que en relación con la bonificación por servicios, este fue un factor salarial creado a favor de los empleados del orden nacional, que no puede ser aplicado a aquellos del nivel territorial, por las razones ya expuestas, sin que para los años 2010, 2011, 2012 y 2013, periodo en el que en este asunto se solicitó el pago, existiera normatividad que regulara ese factor para los empleados territoriales y aunque la parte actora aportó el Decreto No. 2418 de 2015, mediante el cual se reguló el reconocimiento de dicha acreencia a favor de estos últimos, esto tuvo efectos a partir del 1° de enero de 2016; por tanto no será posible acceder a lo pedido en este aspecto.

Igualmente, el auxilio de transporte fue concebido como factor salarial para empleados del orden nacional; y aunque conforme a la Ley 15 de 1959, existía la posibilidad de reconocer el pago de transporte a algunos empleados municipales; dicho pago estaba dirigido para quienes laboraran en municipios donde las condiciones de transporte lo requerían a juicio del Gobierno, por lo que mediante Decreto 1258 del 30 de abril de 1959 *"Por el cual se reglamenta la Ley 15 de 1959 sobre "Intervención del Estado en el Transporte", y "Creación del Fondo de Subsidio de Transporte"*, se estableció de manera expresa el reconocimiento del pago de transporte para los municipios de Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla, Cartagena, Manizales, Bucaramanga, Ibagué, Cúcuta, Pasto, Santa Marta, Neiva, Popayán, Pereira, Palmira, Armenia y Tulúa, sin que se encuentre enlistado el municipio de Piedras-Tolima.

De lo anterior, se logra concluir que la bonificación por servicios prestados y el auxilio de transporte regulados en el Decreto 1042 de 1978, fueron creados como **factores salariales a favor de los empleados públicos del orden nacional y no como prestaciones sociales**; por tanto, no podrían ser reconocidos a la demandante como empleada del municipio de Piedras (nivel territorial).

ii) DOTACIÓN CALZADO Y VESTIDO LABOR

La dotación es una prestación social, regulada en la Ley 70 de 1988 y el Decreto 1978 del 31 de agosto de 1989, este último la estableció para los empleados del nivel territorial,

consistente en la entrega gratuita y material de un vestido y un calzado a cargo del empleador y para uso del servidor en las labores propias del empleo que ejerce, por lo que el empleado debe recibir una asignación básica mensual inferior a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, y haber laborado más de tres meses al servicio de la entidad antes de la fecha de cada suministro.

En este asunto, la demandante cumplía con los requisitos para acceder a su reconocimiento, pues, labora desde el 23 de febrero de 1999 como Auxiliar de la Planta de personal de la Alcaldía de Piedras-Tolima, y para los años 2010, 2011, 2012 y 2013, fecha en las que solicitó su reconocimiento devengaba las sumas de \$663.096, \$696.251, \$738.026 y \$763.414, es decir, un monto inferior al establecido en la norma; por lo que el juez de instancia accedió a este reconocimiento en especie al encontrarse con vinculación activa, lo cual no fue objeto de apelación por parte de la demandante.

Pese a lo anterior, la entidad demandada apeló este aspecto, pero no desconoció el cumplimiento de requisitos por parte de la demandante para acceder a esta prestación, sino que su argumento gira en torno a que efectuó la entrega de la dotación durante el año 2014, por lo que resultaría incompatible que se condene al ente territorial a destinar un rubro de su presupuesto para ejecutar una obligación que ya cumplió, pues ello, conllevaría a un doble pago de la dotación ya otorgada a la demandante, siendo un detrimento patrimonial para el municipio.

Debido a que no está en discusión que la demandante tiene derecho al reconocimiento de las dotaciones por cumplir los requisitos, se debe acreditar si efectivamente la entidad territorial entregó o pagó dicha prestación; sin que en el plenario se evidencie que lo hubiese efectuado, pues, solo reposa una invitación de mínima cuantía No. 015 de 2015 y el acta de liquidación bilateral del contrato de mínima cuantía No. 015 de 2015, documentos que no acreditan en debida forma que para los años 2010, 2011, 2012 y 2013, se haya entregado por parte del municipio la dotación o que la demandante los haya recibido, más aun, cuando en dichos documentos se hace alusión “al suministro de dotación calzado y vestido labor **año 2014**”; por lo que se confirmará este aspecto de la sentencia apelada.

iii) BONIFICACIÓN ESPECIAL POR RECREACIÓN

La bonificación especial por recreación fue creada por el Decreto 451 del 23 de febrero de 1984, que reguló disposiciones en materia salarial; sin embargo, su naturaleza no es al de un factor salarial sino una prestación social, conforme a la definición que se tiene de esos dos conceptos, y así lo ha establecido el Consejo de Estado²³:

“(...) De la bonificación especial por recreación

A efecto de referirnos a la bonificación por recreación, la Sala considera necesario precisar algunos conceptos que se originan en la relación laboral, como son el sueldo, salario, factor salarial y prestaciones sociales.

Se llamó sueldo en la Ley 83 de 1931, al pago de los servicios de los empleados públicos, el cual debía hacerse por períodos iguales vencidos y sin que sobrepasara el mes calendario. Esa noción es restringida y coincide con la hoy denominada asignación básica fijada por la ley para los diversos cargos de la administración pública.

²³ Consejo De Estado -Sala De Lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Sección B, Bogotá D. C., Veintiocho De Septiembre De Dos Mil Dieciséis, Radicación No.: 11001 03 25 000 2013 01384 00 (3497 2013), Medio De Control: Recurso Extraordinario De Revisión.

Por su parte, el salario es una noción más amplia que comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución directa por sus servicios. Su regulación le corresponde al legislador dentro de los criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad, con fundamento en los principios constitucionales como: igualdad, garantía de una remuneración mínima, vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos y primacía de la realidad sobre la formalidad.

El Decreto Ley 1042 de 1978, en su artículo 42, indica que forman parte del salario además de la asignación básica mensual, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, las primas, las bonificaciones, los viáticos y otros elementos de los cuales algunos constituyen factor salarial y otros no.

*Diferenciar si constituye o no factor salarial corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación Las prestaciones sociales a diferencia del salario, han sido establecidas por el legislador para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador originadas a lo largo de la relación laboral que no retribuyen directamente el servicio prestado. Estas pueden estar representadas en dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador, como por ejemplo, la desocupación, la pérdida ocasional o permanente, parcial o total de su capacidad laboral por enfermedad, accidente, vejez, muerte, **así como también otras necesidades complementarias, como las recreativas.** directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario.*

Se han establecido unas prestaciones a cargo del empleador y otras del Sistema de Seguridad Social. De manera enunciativa pueden citarse a cargo del empleador las siguientes: bonificación por recreación, vacaciones y prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, calzado y vestido de labor, bonificación de dirección para gobernadores y alcaldes y bonificación de dirección para altos funcionarios del Estado. A cargo del Sistema de Seguridad Social pueden señalarse: auxilio de maternidad, auxilio de enfermedad, indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional, auxilio funerario, asistencia médica, pensión de invalidez, subsidio familiar indemnización sustitutiva de pensión, pensión de jubilación, de sobrevivientes, entre otras.

Para aterrizar el asunto bajo estudio, debe recordarse que la bonificación especial de recreación es una prestación social creada por el Decreto 451 de 1984, como un pago complementario a todo empleado público que se reconoce cuando se le decretan sus vacaciones en cuantía equivalente a 2 días de la asignación básica mensual que se pagará antes del disfrute del descanso remunerado.

Se erigió entonces como un factor de recreación no salarial para ningún efecto legal y con esa naturaleza se ha mantenido en cada uno de los decretos que año a año expide el Gobierno Nacional con base

en la Ley 4ª de 1992, en los cuales fijan las escalas de remuneración de los empleados públicos.

La jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación de manera unificada y pacífica acorde con la naturaleza de su creación, ha señalado que la bonificación especial por recreación, no constituye un factor salarial para nutrir la base de liquidación pensional y ha negado las pretensiones que buscan su inclusión como parte de ella.

(...)

Para la Sala, la claridad normativa que ofrece el decreto de su creación así como los decretos gubernamentales expedidos anualmente, sumado a la tesis jurisprudencial consolidada de la Sección Segunda de esta Corporación sobre el carácter no salarial de la bonificación especial por recreación, son suficientes para demostrar que el pago ordenado por la decisión cuestionada, y realizado por la UGPP, al señor John Marlon Ferrer Olivares, excede lo debido de acuerdo a la ley, razón por la cual el recurso extraordinario debe prosperar.(...)"(negrilla fuera de texto)

Teniendo en cuenta que el Decreto 451 de 1984, creó la bonificación por recreación a favor de los empleados del orden nacional, y esta por su naturaleza es una prestación social, es posible reconocerla a favor de los empleados del nivel territorial como es el caso de la demandante, de conformidad a lo establecido en el artículo 1º del Decreto 1919 de 2002; sin que le asista razón al a quo al negar dicho reconocimiento.

Por lo anterior, se reconocerá la bonificación por recreación a la demandante como empleada del orden territorial, y se modificará en este aspecto la sentencia apelada.

iv) SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN

A partir del Decreto 627 de 2007, se expidió cada año los Decretos que establecían la escala salarial para los empleados del orden territorial, que contenían entre otros el subsidio de alimentación, (Decretos No. 667 de 2008, 732 de 2009, 1397 de 2010, 1048 de 2011, 840 de 2012 y 1015 de 2013), en los que se fijaron unas características para su reconocimiento, a saber: i) que el empleado debía percibir una asignación básica mensual inferior a la establecida en dichas normas; ii) el subsidio de alimentación es pagadero por la respectiva entidad, iii) está sujeto a la disponibilidad presupuestal y, iv) no se reconocerá cuando el respectivo empleado esté disfrutando de vacaciones, en uso de una licencia, suspendido en el ejercicio de sus funciones o cuando la entidad suministre alimentación a los empleados que tengan derecho al subsidio.

De los decretos que fijaron los límites máximos salariales para los empleados de las entidades territoriales, años tras año, especialmente los años 2010, 2011, 2012 y 2013, periodos a partir de los cuales se solicita el reconocimiento del subsidio de alimentación, se logra extraer, lo siguiente:

DECRETO	AÑO VIGENCIA	REQUISITO SALARIO	VALOR DEL SUBSIDIO
1397 de 2010	2010	inferior a \$1.156.023	\$ 41.221
1048 de 2011	2011	inferior a \$1.192.669	\$ 42.528
0840 de 2012	2012	inferior a \$1.252.303	\$ 44.655
1015 de 2013	2013	inferior a \$1.295.383	\$ 46.192

Según certificación expedida por la Secretaría General de la Alcaldía del municipio de Piedras-Tolima, la demandante se desempeña como Auxiliar de la Planta de Personal de la Alcaldía de Piedras – Tolima, y para los años 2010, 2011, 2012 y 2013, devengaba un salario mensual de \$663.096; \$696.251; \$738.026 y \$763.414, respectivamente;²⁴ es decir, que cumple con los requisitos exigidos para el reconocimiento del subsidio de alimentación, pues, su asignación mensual no supera el monto establecido en cada una de las vigencias y se desempeña como empleada del orden territorial.

No obstante, el *a quo* negó el reconocimiento de esta prestación por considerar que, si bien en principio la demandante sería beneficiaria del subsidio de alimentación, los decretos que la regulan condicionan su pago a la disponibilidad presupuestal de la entidad territorial, sin que exista prueba frente a ese aspecto.

Pues bien, aunque en los decretos que regulan el subsidio de alimentación, se indicó que el pago estaría sujeto a disponibilidad presupuestal, ello no infiere en su reconocimiento y tampoco se debe entender que la falta de presupuesto podría tenerse como un motivo para evadir tal obligación por parte del empleador.

Así es, que las autoridades públicas no pueden aducir la falta de apropiación presupuestal para justificar el incumplimiento en el pago de salarios de sus trabajadores, pues, así lo ha indicado la Corte Constitucional:

“(...) Es necesario precisar que la falta de presupuesto de la administración, o la insolvencia del empleador particular, como motivo para no pagar oportunamente los salarios no constituye razón suficiente para justificar el desconocimiento de derechos fundamentales como la vida en condiciones dignas y el bienestar del trabajador y sus familiares. Con todo: si la entidad deudora es de carácter público, la orden del juez constitucional encaminada a restablecer el derecho violado, deberá ser que, en un término razonable fijado por el juez, se cree una partida presupuestal, si no existiere, o se realicen las operaciones necesarias para obtener los fondos, bajo el entendido de que los créditos laborales vinculados al mínimo vital, gozan de prelación constitucional”²⁵.

Igualmente, en otro pronunciamiento relacionado con el reconocimiento de derechos laborales, indicó:

“(...) En consecuencia, la entidad pública tiene la obligación de reconocer el derecho reclamado por su funcionario cuando este acredita el cumplimiento de todos los requisitos que exclusivamente le corresponde asumir. Las dificultades financieras o la existencia o no de recursos económicos que aseguren el pago efectivo del derecho reclamado no pueden constituirse en un prerrequisito adicional ni en obstáculo para obtener tal reconocimiento.”²⁶

Por tanto, para la Sala no es de recibo el argumento del juzgado de instancia, al indicar que no se encuentra acreditado la disponibilidad presupuestal para el reconocimiento del subsidio de alimentación, pues, aunque no se tenga certeza si realmente existió o no el presupuesto para dicho pago, lo cierto es que, está demostrado que la demandante es beneficiaria de esa prestación tal y como se aseguró en la sentencia apelada, dado que su asignación era inferior a la establecida en los Decretos anuales que regulan el subsidio de alimentación, siendo un requisito legal y es empleada del orden territorial, tanto así

²⁴ Certificado expedido por la Secretaría General de la Alcaldía del municipio de Piedras-Tolima folio 11.

²⁵ Sentencia SU 995/99

²⁶ Sentencia T 098 de 2004.

que la demandada le viene reconociendo ese derecho laboral desde enero de 2014²⁷, sin que la falta de disponibilidad presupuestal pueda impedir el pago de dicha acreencia laboral, o constituirse en un prerrequisito adicional o en un obstáculo para obtener el reconocimiento de un derecho laboral, como lo asegura la Corte Constitucional.

En conclusión, se accederá al reconocimiento y pago del subsidio de alimentación a favor de la demandante, para lo cual la entidad demandada deberá tener en cuenta las sumas indicadas en los Decretos que fijaron los límites máximos salariales para los empleados de las entidades territoriales, años tras año, especialmente los años 2010, 2011, 2012 y 2013, esto es, \$41.221, \$42.528, \$44.655 y \$46.192, respectivamente, periodos a partir de los cuales se solicita el reconocimiento del subsidio de alimentación, y en los que al parecer no operó el fenómeno de la prescripción.

Sin embargo, dicha prestación no podrá reconocerse a la demandante en periodos en los que haya disfrutado de vacaciones, en uso de una licencia, o se encontrará suspendida en el ejercicio de sus funciones o en el evento en que como empleador le haya suministrado alimentación, esto durante, el tiempo en que le sea reconocida.

9. PRESCRIPCIÓN

En lo que respecta al tema de la PRESCRIPCIÓN, tenemos que conforme al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, opera el fenómeno de la prescripción de tres (3) años desde que la obligación se haya hecho exigible, y el simple reclamo del trabajador ante la autoridad competente, interrumpe dicho término, por un lapso igual.

Así las cosas, en este asunto, tenemos que el subsidio de alimentación fue creado para los empleados del orden territorial mediante el Decreto 627 de 2007, la bonificación por recreación mediante el Decreto 451 de 1984 y la dotación –calzado y vestido labor mediante la Ley 70 de 1988 y el Decreto 1978 de 1989, es decir, que desde la vigencia de esas disposiciones era exigible el pago de tales acreencias; sin embargo, la solicitud de reconocimiento y pago de las mismas fue presentada el 27 de julio de 2013, y la demanda el 14 de agosto de 2014²⁸; es decir, que operó el fenómeno de la prescripción desde el momento en que se hizo exigible la obligación.

En consecuencia, los derechos laborales causados con anterioridad al 27 de julio de 2010, se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción.

De acuerdo con lo reseñado, se tiene entonces que la entidad accionada, deberá pagar a favor de la parte demandante las diferencias salariales que resulten, entre los valores que le fueron reconocidos anteriormente y los que debe reconocer con ocasión de lo dispuesto en la presente sentencia.

10. REAJUSTE

Para el restablecimiento del derecho se hará el reajuste en la forma determinada por el Consejo de Estado de las sumas que resulten en favor de la parte demandante por las acreencias laborales aquí reconocidas, con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \underline{\text{Índice final}}$$

²⁷ Certificación emitido por la Jefe de la Unidad Financiera del municipio de Piedras-Tolima folio 88.

²⁸ Folio 1

Índice inicial

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente a la suma adeudada, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

Bajo el anterior panorama, se procederá a modificar la sentencia apelada en el sentido de ordenar el reconocimiento y pago del subsidio de alimentación y la bonificación especial por recreación, a favor de la demandante, teniendo en cuenta el fenómeno de la prescripción y confirmar en lo demás lo decidido en primera instancia.

11. DE LA CONDENA EN COSTAS

El CPACA en el artículo 188 señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que este compilado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso para la liquidación y ejecución de las agencias en derecho.

Por lo anterior, se condenará a la parte demandada en las costas de segunda instancia siempre y cuando se encuentre acreditado en el proceso. Para el efecto, se señalará un salario mínimo mensual legal vigente como agencias en derecho de cada una de las instancias y se ordenará a la secretaría del *a-quo* que liquide tales costas, conforme a las reglas mencionadas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE:

MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Ibagué el día 11 de noviembre de 2016, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR la existencia del acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo negativo, derivado de la petición incoada por la demandante el 27 de julio de 2013 ante el municipio de Piedras-Tolima.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo ficto o presunto en cuanto negó el reconocimiento de la prestación de dotación, calzado y vestido de labor, bonificación especial por recreación y el subsidio de alimentación a la demandante.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción trienal, de las acreencias laborales de dotación-calzado y vestido de labor, subsidio de alimentación y bonificación especial por recreación, causadas con anterioridad al 27 de julio de 2010, de acuerdo con los argumentos esgrimidos en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR al Municipio de Piedra –Tolima a SUMINISTRAR a la señora Nancy Bocanegra Moreno la dotación de vestido y calzado de labor que le adeuda, causada a partir del 27 de julio de julio de 2010 en adelante mientras subsista el vínculo laboral y demuestre cumplir las condiciones de ley, teniendo en cuenta el fenómeno jurídico de la prescripción.

QUINTO: CONDENAR a la entidad demandada, a reconocer, liquidar y pagar las siguientes acreencias laborales:

- i) Bonificación especial por recreación a favor de la demandante, a partir del 27 de julio de 2010, y en la forma prevista en la ley.
- ii) Subsidio de alimentación, para lo cual la entidad demandada deberá tener en cuenta las sumas indicadas en los Decretos que fijaron los límites máximos salariales para los empleados de las entidades territoriales, así: año 2010- la suma de \$41.221, año 2011- la suma de 42.528, año 2012 la suma de \$44.655, y año 2013 la suma de \$46.192, periodos a partir de los cuales se solicita el reconocimiento del subsidio de alimentación, teniendo en cuenta que el fenómeno de prescripción operó a partir de 27 de julio de 2010.

Sin embargo, el subsidio de alimentación no podrá reconocerse a la demandante en periodos en los que haya disfrutado de vacaciones, en uso de una licencia, o se encontrará suspendida en el ejercicio de sus funciones o en el evento en que como empleador le haya suministrado alimentación, esto durante, el tiempo en que le sea reconocida.

Igualmente, la entidad accionada, deberá pagar a favor de la parte demandante las diferencias salariales que resulten, entre los valores que le fueron reconocidos anteriormente y los que debe reconocer con ocasión de lo dispuesto en la presente sentencia.

SEXTO: Para el restablecimiento del derecho se hará el reajuste en la forma determinada por el Consejo de Estado de las sumas que resulten en favor de la parte demandante por las acreencias laborales aquí reconocidas, por lo que se deberán actualizar conforme lo establece el Art. 187 del C.P.A.C.A.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

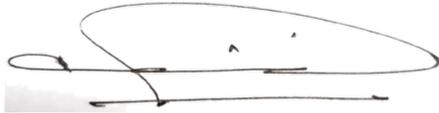
SÉPTIMO: Negar las demás pretensiones.

OCTAVO: Sin costa en primera instancia.

NOVENO: CONDENAR en costas de la segunda instancia a la parte demandada, conforme lo preceptuado en el artículo 188 del CPACA, para lo cual se fija la suma equivalente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente. Por Secretaría del juzgado de origen se deberán liquidar.

DÉCIMO: Una vez en firme, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las constancias secretariales correspondientes.

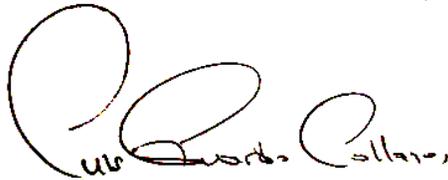
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado
(Salva parcialmente el voto)



LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Magistrado

Firmado Por:

LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL 001 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE IBAGUE-TOLIMA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 05713cef8d5da4cb6137156aeea84ec7a55baad790a021d41b3cf686f01190c6

Documento generado en 29/01/2021 08:25:30 AM