TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, treinta (30) de octubre dos mil catorce (2014)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 187

TEMAS:	INAPLICABILIDAD DEL DECRETO 1042 DE 1978 A EMPLEADOS TERRITORIALES – INTERPRETACIÓN DEL DECRETO 1919 DE 2002 - LA PRIMA DE SERVICIOS y LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS COMO PRESTACIÓN SOCIAL - EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD
INSTANCIA:	SEGUNDA

Decide la Sala, la apelación interpuesta por la parte demandante en oposición a la sentencia del 27 de junio de 2014, proferida por el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE, en el proceso que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauró MARGARITA MÉNDEZ GANDARÁ en contra del MUNICIPIO DE SINCELEJO -SUCRE.

I. ANTECEDENTES.

1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante lo siguiente[1]:

1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio Nº 0101-10.02-162 de 20 de febrero de 2013, por medio del cual se le negó a la actora el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, tales como PRIMA DE SERVICIOS Y BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS de conformidad con los Decretos 1042 de 1978 y 1919 de 2002 y a su vez, del Oficio Nº 0101-10.02-0477 de 10 de mayo 2013, que confirmó la decisión anterior, al resolver el recurso de reposición interpuesto en su contra.

1.2. Que a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada reconozca, cancele y pague a la demandante los siguientes conceptos:

1.2.1. El pago de las prestaciones sociales a que tenía derecho, prestaciones estas que no han sido canceladas por el ente territorial, tales como: PRIMA DE SERVICIOS y BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, de conformidad con las disposiciones legales establecidas en el Decreto 1042 de 1978, Decreto 1919 de 2002 y demás disposiciones legales del orden nacional que regulan estos factores salariales y los efectos o incidencia de estas prestaciones en la liquidación de los demás factores constitutivos de salario, devengados por la accionante.

1.2.2. Que se repare integralmente el daño padecido por la accionante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y por ende que se sigan reconociendo estas prestaciones en años posteriores y hasta tanto estuviere vigente la relación laboral de la actora con la entidad.

[1] Fol. 1 del cuaderno principal.

1.3. El reconocimiento será actualizado de conformidad con lo previsto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, aplicando los ajustes del valor (indexación) desde la fecha en que debió reconocérsele los derechos reclamados y hasta que se verifique el pago total de la obligación.

1.4. Que la entidad demandada, de cumplimiento a la sentencia condenatoria, en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

1.5. Si no se efectúa el pago de forma oportuna, la entidad liquidará intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

2. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA:

Relata la actora, que es empleada público del municipio de Sincelejo - Sucre, nombrado mediante acto administrativo y debidamente posesionado. Actualmente se encuentra laborando en la entidad territorial y hace parte de la planta de personal financiada con recursos propios, como Técnico Administrativo, Código 367 Grado 28, y cumple con las funciones asignadas por la constitución, la ley y el manual de funciones y requisitos, y las que sean asignadas por los superiores jerárquicos.

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

Indica, que de conformidad con el Decreto 1919 de 2002, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del nivel central y descentralizado de las entidades municipales y departamentales, como es el caso de la demandante, será el señalado para los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional.

Asegura, que los empleados públicos del orden nacional reciben como

contraprestación por sus servicios a título de salarios y prestaciones sociales, los derechos salariales y prestacionales señalados en las normas contenidas del artículos 42 a 60 del Decreto 1042 de 1978, prestaciones estas que son las siguientes: Incremento por antigüedad, gastos de representación, prima técnica, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, prima de servicios, bonificación por servicios prestados y viáticos y gastos de viaje, y de conformidad con el Decreto 1919 de 2002, la bonificación por recreación.

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

Refiere, que presentó el día 1 de febrero de 2013, solicitud de reconocimiento de estos factores salariales y que el ente territorial a través del Oficio Nº 0101-10.02-162 del 20 de febrero de 2013, negó su derecho al considerar que en su caso jurídicamente no le eran aplicables, decisión que posteriormente fue confirmada mediante el Oficio Nº 0101-10.02-0477 del 10 de mayo de 2013 al desatar un recurso de reposición interpuesto en su contra.

3. NORMAS VIOLADAS:

En cuanto a las normas violadas mencionó las siguientes: La Constitución Política en sus artículos 1, 2, 4, 13, 23, 25, 29, 53, 93 inciso3, y 122 y siguientes, 150-5, 150-19, 205-7, 287, 300-7 y 313.

Igualmente, trae a colación como normas violadas, el artículo 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, del Decreto 1042 de 1978, artículos 45, 46

y 58; el Decreto 1045 de 1978, la Ley 4 de 1992 en sus artículos 1 y 12, el artículo 16 Ley 446 de 1998 y el Decreto 1919 de 2002.

4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Expone que, en uso de las facultades consagradas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1992, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1919 de 2002, que estableció en su artículo 1, que todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la rama ejecutiva de los niveles departamental, distrital y municipal, 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 lo anterior, afirma que a la accionante debe reconocérsele los salarios y prestaciones sociales definidas en el Decreto 1042 de 1978, ya que de conformidad con las normas señaladas, el régimen salarial y prestacional de los empleados del orden territorial es el mismo de los del orden nacional, por lo que, en su criterio, se les debe reconocer a dichos empleados las prestaciones sociales y los factores salariales propios de estos y de no hacerlo, vulneran el derecho constitucional a la igualdad, el principio de progresividad y las normas que reglamentan el tema.

5. ACTUACIÓN PROCESAL:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 28 de octubre de 2013 (fol. 8 C. Ppal.).
- Admisión de la demanda: 7 de noviembre de 2013 (fol. 34 C. Ppal.).
- Notificación a las partes: 18 de diciembre de 2013 (fls. 40 a 44 C. Ppal.).
- Contestación a la demanda: 04 de febrero de 2014 (fls. 45 a 55 C. Ppal.).
- Audiencia inicial: 21 de mayo de 2014(fls. 64 y 65 C Ppal.)

- Sentencia de primera instancia: 27 de junio de 2014 (fls. 71 a 78 C. Ppal.).
- Recurso de apelación de la parte demandante: 02 de julio de 2014 (fls. 82 y 83 C. Ppal.)
- Auto que admite el recurso de apelación: 8 de septiembre de 2014 (fol. 3 Cuaderno Nº 2)
- Auto que corre traslado alegatos: 17 de septiembre 2014 (fol.12 C-2).

5.1. RESPUESTA A LA DEMANDA[2]:

El ente demandado, contestó la demanda dentro del término de traslado, oponiéndose a las pretensiones propuestas, aceptando algunos hechos y negando otros.

Como medios de defensa propone las excepciones de ineptitud de la demanda y solicitó la aplicación del principio *"IURA NOVIT CURIA"*.

5.2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA[3]:

La Juez de primera instancia luego de estudiar la aplicación del Decreto 1042 de 1978, a la luz de la jurisprudencia de la CONSEJO DE ESTADO y la CORTE CONSTITUCIONAL, al igual que lo deprecado en el expediente, determinó que, lo pretendido por la actora, a fin que se le reconozca los factores salariales consagrados en el Decreto 1042 de 1978, el cual se aplica solo para los empleados del orden nacional, no resulta aplicable el Decreto 1919 de 2002 artículo 1 al caso concreto, puesto que las pretensiones aquí deprecadas, tienen carácter salarial y no prestacional, lo que impide que se le reconozca al actor los factores salariales, solicitadas en el escrito de demanda.

---

[2] Fls. 45 a 55 C. Ppal.
[3] Fls. 71 a 78 C. Ppal.

A su vez, en el Decreto 1042 de 1978, no se puede inaplicar la expresión "del Orden Nacional", pues ésta fue declarada exequible mediante sentencia C-402 de 2013 y al "exigir que dicho decreto 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 del Decreto 1042 de 1978".

Es así, que la actora al solicitar el reconocimiento y pago de la prima de servicios y de la bonificación por servicios prestados, en un primer momento no reúne las condiciones necesarias para obtener el reconocimiento de éstos, a pesar de su condición de empleado público del orden territorial y no del orden nacional y del carácter salarial de dichos emolumentos, lo que impide el reconocimiento deprecado, en atención a la normativa para ello señalada. En síntesis concluye que el cargo de nulidad planteado no ha sido probado de forma que prevalece la presunción de legalidad que ampara al acto demandado con fundamento en el precedente constitucional C-402 de 2013.

5.3. LA APELACIÓN[4]:

La parte demandante, oportunamente, interpuso el recurso de apelación en el siguiente sentido:

Argumenta, que sobre el caso particular, el H. CONSEJO DE ESTADO ha edificado un precedente jurisprudencial para el reconocimiento de los derechos reclamados, tan es así que el mismo día 3 de julio de 2013, fecha en que se expide la sentencia C-402 de 2013, por parte de la H. CORTE CONSTITUCIONAL, falló una tutela donde reafirmó la línea que ha venido enarbolando.

Posteriormente, la recurrente cita diversos pronunciamientos sobre el tema objeto de debate, concluyendo que la tesis del CONSEJO DE ESTADO, es hacer

[4] Fls. 82 y 83 C. Ppal.

extensivo a los empleados territoriales el mismo régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden nacional, posición esta que se ha edificado en la jurisdicción contenciosa administrativa, tan es así que esa misma Corporación, por vía excepcional, ha admitido la acción de tutela contra providencia judicial, para amparar derechos fundamentales conculcados por los tribunales administrativos al negar el reconocimiento de tales derechos.

5.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA[5]:

PARTE DEMANDANTE: En esta oportunidad procesal guardó silencio.

PARTE DEMANDADA: El extremo pasivo ratificó los argumentos expuestos en el alegato de primera instancia y en ese sentido, solicitó se confirme la decisión del *A quo* que negó las súplicas de la demanda.

El MINISTERIO PÚBLICO: En esta instancia no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., en Segunda Instancia.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

6. PROBLEMA JURÍDICO:

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, debe entrar el Tribunal a dilucidar el siguiente problema jurídico:

¿Tienen derecho al pago de los factores salariales consagrados en las normas a favor

[5]Fol. 13 C2.

de los empleados públicos del orden nacional, los empleados públicos del orden territorial, con posterioridad a la sentencia C-402 de 2013 de la H. CORTE CONSTITUCIONAL que declaró exequible la expresión "del orden nacional" contenida en el Decreto 1042 de 1978, por considerar que no violaba el derecho a la igualdad de estos últimos?

Para dar respuesta al anterior interrogante, la Sala abordará los siguientes temas, teniendo en cuenta el planteamiento presentado en el problema jurídico y las particularidades del caso bajo estudio: 1. Regulación del régimen prestacional y salarial de los empleados públicos de la rama ejecutiva del nivel territorial, la interpretación del mencionado régimen y los factores salariales reclamados en el presente proceso. 2. Los efectos de la sentencia de constitucionalidad C-402 del 2013, respecto del reconocimiento a los empleados territoriales de los factores salariales consagrados en el Decreto 1042 de 1978. 3. El caso concreto.

6.1. LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA RAMA EJECUTIVA DEL NIVEL TERRITORIAL:

Para abordar el punto central del debate, es necesario entrar a estudiar el tema de las prestaciones sociales y factores salariales de los empleados de la rama ejecutiva del poder público del nivel territorial, para lo cual se partirá de la norma general, y posteriormente se analizaran las conceptos laborales aquí discutidos.

En primer lugar, es importante resaltar, no obstante la claridad actual del tema, que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, se encuentra sujeto a reserva de ley (artículo 150 numeral 19 literal e de la C.P.)[6]. Es por lo anterior, que el congreso, expidió la Ley 4 de 1992 *"Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para*

[6] A título de ejemplo, puede consultarse la siguiente providencia sobre el tema: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Auto 1281-2007 de septiembre 27 de 2007. Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.".

Dicha normativa en su artículo 12, consagra:

> *"ARTÍCULO 12. El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.*
>
> *En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.*
>
> *PARÁGRAFO. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional."* (Negrillas propias)[7]

En aplicación de la anterior norma, el Presidente de la República, expidió el Decreto 1919 de 2002 *"Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial."*. Sobre el mismo, el tratadista Diego Younes Moreno precisó:

> *"2. El Decreto 1919 de 2002. Mediante esta disposición, el gobierno nacional fijó el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos, reguló el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales del nivel territorial, y estableció que gozarán de las consagradas para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional.*
>
> *De acuerdo con dicho decreto, las prestaciones sociales para los empleados públicos y los trabajadores oficiales vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la rama ejecutiva de los niveles departamental, distrital y municipal, a las asambleas departamentales, a los concejos distritales y municipales, a las contralorías territoriales, a las personerías distritales y municipales, a las veedurías, así como del personal administrativo de las juntas administradoras locales, de las instituciones de educación superior y de las instituciones de educación primaria, secundaria y media vocacional son: prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, subsidio familiar,*

[7] Artículo declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-315-95 de 19 de julio de 1995, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz: : *"... siempre que se entienda que las facultades conferidas al gobierno se refieren, en forma exclusiva, a la fijación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales, al régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales territoriales y al límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales ...".*

auxilio de cesantía, intereses a las cesantías, calzado y vestido de labor, pensión de vejez (jubilación), indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pensión de sobrevivientes, auxilio de maternidad, auxilio por enfermedad, indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional, auxilio funerario y asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, servicio odontológico.
…".[8]

De conformidad con lo previsto en los artículos 1 y 2 del Decreto 1919 de 2002, los empleados **vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado** de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de **prestaciones sociales** previsto para los Empleados Públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional. Y, las prestaciones sociales, serán liquidadas conforme a los factores para ellos establecidos. Se resalta que, el mencionado decreto ha sido estudiado en su legalidad por el Consejo de Estado y ha sido encontrado conforme al orden legal[9].

---

[8] YOUNES MORENO, Diego. Decreto Administrativo Laboral. Bogotá: Temis S.A., 2009. p. 421.

[9] Ver las siguientes providencias:

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE. Sentencia del 19 de mayo de 2005. Radicación número: 11001-03-25-000-2002-0211-01(4396-02). Actor: LUIS EDUARDO CRUZ PORRAS. Acumulados Nos. 11001032500020020209 01 (4333-02), actor AUGUSTO GUTIÉRREZ Y OTROS; 11001032500020020213 01 (4406-02), actor ENRIQUE GUARÍN ÁLVAREZ; y 11001032500020020230 01 (4767-02), actor PABLO EMILIO ARIZA MENESES Y OTROS).
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: JAIME MORENO GARCÍA. Sentencia del 17 de noviembre de 2005. Radicación número: 11001-03-25-000-2002-00215-01(4456-02). Actor: LUIS ALEJANDRO VEGA VEGA. Demandado: GOBIERNO NACIONAL.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: JAIME MORENO GARCÍA. Sentencia del 17 de noviembre de 2005. Radicación número: 11001-03-25-000-2003-00079-01(0375-03). Actor: JOSÉ DUVÁN JARAMILLO RAMÍREZ. Demandado: GOBIERNO NACIONAL.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: JAIME MORENO GARCÍA. Sentencia del 17 de noviembre de 2005. Radicación número: 11001-03-25-000-2002-00244-01(5003-02). Actor: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO. Demandado: GOBIERNO NACIONAL.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN

6.2. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA APLICACIÓN DEL DECRETO 1919 DE 2002:

El Consejo de Estado sobre el punto en discusión, ha dicho:

> *"…*
> *Mediante el Decreto 1919 de 27 de agosto de 2002, el Gobierno Nacional fijó el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y reguló el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales del Nivel Territorial, estableciendo que gozarán de las consagradas para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.*
>
> *A partir de la vigencia del citado Decreto 1919 de 2002 (1º de septiembre de 2002), los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades a las que se les aplica el citado decreto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones sociales (de acuerdo con lo señalado en los Decretos 3135 de 1968; Decreto 1848 de 1969 y Decreto 1045 de 1978):*
>
> > *Prima de Navidad; Vacaciones; Prima de Vacaciones; Subsidio Familiar; Auxilio de Cesantía; Intereses a la Cesantía; Calzado y vestido de labor; Pensión de Jubilación; Indemnización sustitutiva de la Pensión de Vejez; Pensión de Invalidez; Indemnización sustitutiva de la Pensión de Invalidez; Pensión de Sobrevivientes; Auxilio de Maternidad; Auxilio por enfermedad; Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional; Auxilio Funerario; Asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, servicio odontológico.*
> > …
>
> *La prima de servicios y la bonificación por servicios constituyen acreencias laborales que conforme a la normatividad prevista en el Decreto 1042 de 1978 sólo fueron establecidas para los empleados del orden nacional, sin incluirlas para los empleados públicos del orden territorial.*
>
> *Si bien es cierto las entidades territoriales no pueden arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos pues esta es una función reservada al Gobierno Nacional, esta Corporación en aras de proteger el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la C.P., y con fundamento en el artículo 4 ibídem, ha inaplicado la expresión "del orden nacional" de las normas que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales, para reconocer a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional*[10]*.*
>
> *En criterio de la Sala, se inaplica la expresión "del orden nacional" del artículo 1 del*

SEGUNDA-SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: JAIME MORENO GARCÍA. Sentencia del 16 de agosto de 2007. Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00024-00(0530-06). Actor: ANDRÉS DE ZUBIRIA SAMPER. Demandado: GOBIERNO NACIONAL.

[10] Entre otras, Sentencia de 27 de septiembre de 2007 Exp. No. 4327-2005 Actor: Blanca Edelmira Reyes Alfonso. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado. Sentencia de 23 de agosto de 2007 Exp. No. 0176-2004 Actora: Elvia Vargas Osorio. Magistrado Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

decreto 1042 de 1978, con el propósito de hacer extensivas estas prestaciones a los empleados del orden territorial.

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

Los artículos 45[11] y 58[12] del Decreto 1042 de 1978, consagran en su orden, a favor de empleados del orden nacional, la bonificación por servicios prestados y la prima de servicios. (…)".[13]

En decisión posterior, la misma Corporación, dijo sobre la aplicación del Decreto 1042 de 1978 por expresa remisión del Decreto 1919 de 2002, de manera expresa:

"Adicionalmente no sobra advertir que este ***Decreto 1042/78 le resulta aplicable a los empleados públicos del orden territorial por expreso mandato del artículo 1º del Decreto 1919 de 2002*** *"Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial".*" (Negrillas y subrayas fuera del texto)[14]

Como puede observarse, la posición del máximo tribunal de lo contencioso

---

[11] "ARTÍCULO 45. DE LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS. <Modificado por los Decretos anuales salariales> A partir de la expedición de este Decreto crease una bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el artículo 1o.
Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial. Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo a otro de los enumerados en el artículo 1o., de este Decreto, el tiempo laborado en el primero se tendrá en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la bonificación, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio.
Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.
La bonificación de que trata el presente artículo es independiente a la asignación básica y no será acumulativa.

[12] ARTÍCULO 58. LA PRIMA DE SERVICIO. Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año.
Esta prima no regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre.

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

[14] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B. Sentencia del 16 de abril de 2009. CONSEJERO PONENTE: DOCTOR GERARDO ARENAS MONSALVE. Radicación: No. 68001231500020030264701. Expediente: No. 0050-2008. Actor SANDRA ESPERANZA BAYONA VERGEL. AUTORIDADES DEPARTAMENTALES.

administrativo de inaplicar la frase *"del orden nacional"* contenida en el Decreto 1042 de 1978, es claramente reiterada en varias decisiones relacionadas con el tema de las prestaciones y demás derechos laborales de los empleados de la rama ejecutiva del poder público del orden territorial.

Ahora bien, nótese como la Sección Segunda del CONSEJO DE ESTADO ha ido más allá de lo hasta aquí anotado - pago de prestaciones sociales y factores salariales previstos en el Decreto 1042 de 1978 a empleados públicos del orden territorial -, para ordenar, igualmente su pago, a quienes se vinculan a los diferentes entes del orden territorial, en virtud de contrato de prestación de servicios, y, a quienes, a través de sentencia contencioso administrativa, se les reconoce, la existencia del denominado "contrato realidad", y, por tanto, ha ordenado el pago y reconocimiento de las prestaciones sociales previstas en el Decreto 1042 de 1978. Veamos pues, aparte jurisprudencial al respecto:

> *"En consecuencia, bajo la línea jurisprudencial fijada por esta Corporación, al señor AICARDO DE JESÚS SANCHEZ le asistía el derecho al reconocimiento y pago de una indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir, para cuya liquidación debía tomarse como base el valor del respectivo contrato u orden de prestación de servicios.*
> *(…)*
> *Sin embargo, observa la Sala que dentro de dicha liquidación no fue incluido el valor correspondiente a las primas de servicios.*
>
> *La prima de servicios es una acreencia laboral que conforme a la normatividad prevista en el Decreto 1042 de 1978 sólo fue establecida para los empleados del orden nacional, sin incluir dicha prestación para los empleados públicos del orden territorial.*
>
> *Si bien es cierto las entidades territoriales no pueden arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos pues ésta es una función reservada al Gobierno Nacional, esta Corporación en aras de proteger el derecho a la igualdad contenido en el artículo 4 ibídem, ha inaplicado la expresión "del orden nacional" de las normas que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales, para reconocer a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional."*[15]

[15] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Sentencia del 23 de agosto de 2007. Consejero ponente: Jesús María Lemus Bustamante. Rad. 0176-2004.

Teniendo en cuenta lo anterior, el despacho entrará a desarrollar brevemente lo relacionado con la prima de servicios y bonificación por servicios prestados.

Se parte de la base de que los emolumentos enlistados en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978[16], **son factores salariales**, es decir, tiene esa naturaleza jurídica la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados. Pasan a desarrollarse someramente:

6.3. LA PRIMA DE SERVICIOS:

Sobre el particular, señala el tratadista Diego Younes Moreno lo siguiente[17]:

- **Origen.** Es una nueva figura salarial, en la retribución de los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional como factor salarial. Hace su aparición con motivo del desarrollo de las facultades que el ejecutivo confirió al Congreso mediante la Ley 5 de 1978, de fugaz vigencia. Su regulación actual se contiene en el Decreto 1042 de 1978, en cuyo artículo 58 se dispone que los funcionarios a quienes él se aplica, es decir, los empleados públicos que desempeñan las distintas categorías de empleos en los organismos de la rama ejecutiva del orden nacional, tienen derecho a una prima de servicios anual a 15 días de remuneración, pagadera en los primeros 15 días del mes de julio de cada año.

- **Factores para liquidarla.** Para liquidar dicha prima han de tenerse en cuenta los siguientes factores salariales, tomados a 30 de junio:

---

[16] *"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."

[17] *Idem.* p. 135 a 138.

a) El sueldo básico;
b) Los incrementos salariales de antigüedad;
c) Los gastos de representación;
d) Los auxilios de alimentación y transporte, y
e) La bonificación por servicios prestados.

- **Tiempo para el reconocimiento:** El tiempo para el reconocimiento de la mencionada prima comenzará a contarse desde el 30 de junio de 1977, según lo indica el artículo 102 del citado Decreto 1042 de 1978.

- **La prima como factor salarial:** La prima de servicios es factor salarial que ha de tenerse en cuenta para reconocer los siguientes efectos económico-laborales:
    a. Vacaciones (Decreto 1045 de 1978. Artículo 17);
    b. Prima de vacaciones (Decreto 1045 de 1978. Artículo 17);
    c. Prima de navidad (Decreto 1045 de 1978. Artículo 33);
    d. Pensiones (Decreto 1045 de 1978. Artículo 45);
    e. Cesantía (Decreto 1045 de 1978. Artículo 45);
    f. Auxilio por enfermedad (Decreto 1045 de 1978. Artículo 46);
    g. Auxilio por maternidad (Decreto 1045 de 1978. Artículo 46);
    h. Indemnización por accidente de trabajo (Decreto 1045 de 1978. Artículo 46);
    i. Indemnización por enfermedad profesional (Decreto 1045 de 1978. Artículo 46), y
    j. Seguro por muerte (Decreto 1045 de 1978. Artículo 46).

- **Pago proporcional de la prima de servicios:** El Decreto 916 de 2005 prevé el pago proporcional de esta prima, así:

> *"**Artículo 6º.** Pago proporcional de la prima de servicios. Cuando a treinta (30) de junio de cada año el empleado no haya trabajado el año completo, tendrá derecho al reconocimiento y pago en forma proporcional de la prima de servicios,*

de que trata el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978, siempre que hubiere prestado sus servicios al organismo por un término mínimo de seis (6) meses.

También se tendrá derecho al reconocimiento y pago en forma proporcional de esta prima cuando el empleado se retire del servicio y haya prestado sus servicios por un término mínimo de seis (6) meses. En este evento la liquidación se efectuará teniendo en cuenta la cuantía de los factores señalados en el artículo 59 del Decreto 1042 de 1978 causados a la fecha de retiro.

No obstante lo dispuesto en el presente artículo, cuando un funcionario pase del servicio de una entidad a otra, el tiempo laborado en la primera se computará para efectos de la liquidación de esta prima, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio. Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince (15) días hábiles entre el retiro de una entidad y el ingreso a otra."

6.4. LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS:

Sobre el particular, señala la doctrina nacional:

"Rige a partir de la vigencia del Decreto 1042 de 1978, que comenzó en junio 1º de ese año para quienes tenían la condición de empleados o para quienes se posesionaron con posterioridad. Se causa cada vez que el empleado cumple un (1) año de servicio continuo, entendido por tal cuando no ha habido retiro de la entidad por paso a otra o no medien entre 15 días o más de retiro.

Su cuantía será equivalente al 50% del valor conjunto de la asignación básica mensual, incrementos por antigüedad y gastos de representación, siempre y cuando no exceda del tope vigente; si lo excediere, será del 35%.

Se paga dentro de los 20 días siguientes a su causación, es independiente de la asignación básica y, por tanto, no acumulativa (84) Decreto 1042/78, arts. 45 a48."[18]

La bonificación por servicios prestados como factor salarial: La bonificación por servicios prestadoses factor salarial que ha de tenerse en cuenta para reconocer los siguientes efectos económico-laborales, de acuerdo a las normas que se indican para cada prestación social:

a) Vacaciones (Decreto 1045 de 1978. Artículo 17);

[18]VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral. Bogotá: Legis S.A., 2008. tomo I, p. 659 y 660.

b) Prima de vacaciones (Decreto 1045 de 1978. Artículo 17);
c) Prima de navidad (Decreto 1045 de 1978. Artículo 33);
d) Pensiones (Decreto 1045 de 1978. Artículo 45);
e) Cesantía (Decreto 1045 de 1978. Artículo 45);
f) Auxilio por enfermedad (Decreto 1045 de 1978. Artículo 46);
g) Auxilio por maternidad (Decreto 1045 de 1978. Artículo 46);
h) Indemnización por accidente de trabajo (Decreto 1045 de 1978. Artículo 46);
i) Indemnización por enfermedad profesional (Decreto 1045 de 1978. Artículo 46), y
j) Seguro por muerte (Decreto 1045 de 1978. Artículo 46).
k) Prima de servicios (Decreto 1042 de 1978. Artículo 59)[19].

Decantado lo anterior, considera necesario esta Judicatura entrar a estudiar el contenido de la sentencia C-402 de 2013, emanada de la CORTE CONSTITUCIONAL, ya que la misma tiene incidencia directa en las resultas del presente proceso, al establecer una posición contraria a la adoptada por el máximo tribunal de la justicia contencioso administrativa, en cuanto a la extensión del Decreto 1042 de 1978 a los empleados del orden territorial.

6.5. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD C-402 DEL 2013, RESPECTO DEL RECONOCIMIENTO A LOS EMPLEADOS TERRITORIALES DE LOS FACTORES SALARIALES CONSAGRADOS EN EL DECRETO 1042 DE 1978:

En la antedicha providencia la CORTE CONSTITUCIONAL analizó la constitucionalidad de los artículos 1, 31, 45, 46, 50, 51, 58 y 62 del reseñado Decreto 1042 de 1978, veamos uno de sus apartes:

> *"13. Como se explicó en el fundamento jurídico 4.1., el primer problema jurídico que debe resolverse por parte de la Corte consiste en determinar si del literal e) del artículo 150-19 C.P. se deriva un mandato superior consistente en que el régimen salarial de los servidores públicos,*

[19] YOUNES MORENO, Diego. *Ibídem.* p. 137.

tanto del orden nacional como territorial, debe ser adoptado en su integridad por el Gobierno, sin que ninguna otra autoridad pueda abrogarse esa facultad.

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

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

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

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

14.2. En segundo lugar, 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:

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

correspondientes a las distintas categorías de empleos de:

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

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

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

Como vemos, con base en el estudio de constitucionalidad traído a colación en precedencia, se logra concluir que el régimen de remuneración consagrado para los empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, consagrado en el Decreto 1042 de 1978, no es extensible a los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del nivel territorial.

En este orden de ideas, tenemos que, la posición del máximo tribunal de lo contencioso administrativo al inaplicar por inconstitucional la frase *"del orden nacional"* contenida en el Decreto 1042 de 1978, queda sin piso jurídico, dado que el cargo de inconstitucionalidad estudiado en la sentencia en análisis, claramente era la violación del derecho a la igualdad entre los empleados del nivel nacional y los del nivel territorial, y por ello, al existir pronunciamiento por parte de la CORTE CONSTITUCIONAL sobre su exequibilidad en este punto, máxime cuando, las decisiones emanadas de esa corporación, de conformidad con el artículo 243 de nuestra Carta Magna, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, se hace

jurídicamente imposible inaplicar por inconstitucional por violar el derecho a la igualdad, cuando ella fue declarada ajustada a la carta por el mismo cargo.

Sobre las repercusiones de las sentencias emanadas de la CORTE CONSTITUCIONAL, dictadas en ejercicio del control de constitucionalidad, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, erigió:

> *"ARTICULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*
>
> *1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.*
>
> …"

Así las cosas, tenemos que por mandato legal, los fallos de constitucionalidad dictados por la CORTE CONSTITUCIONAL, se constituyen en imperativos, y por ende de obligatoria observancia tanto para las autoridades de todo orden como para los particulares.

La Corporación en mención ha tenido la oportunidad de esbozar ese tópico, así:

En la sentencia C-181 de 2010, enseñó:

> *"**La cosa juzgada constitucional es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas**. La cosa juzgada impide que el juez constitucional vuelva a decidir sobre lo resuelto, y prohíbe al legislador reproducir el contenido material de una norma declarada inexequible mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron de fundamento para tal declaración (artículo 243 superior)*
> …"[20]

[20] Referencia: expediente D- 7845 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 28 (parcial) de la Ley 1122 de 2007. Magistrado Ponente: Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Bogotá D. C., diecisiete

Por su parte en la sentencia C-355 de 2006, estableció:

> *"El artículo 243 de la Constitución señala que "los fallos que dicte la Corte hacen tránsito a cosa juzgada". Por su parte, el Decreto 2067 de 1991, en su artículo 6° ordena rechazar "las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiera hecho tránsito a cosa juzgada" y su artículo 21 hace referencia al carácter obligatorio de tales decisiones tanto para las autoridades como para los particulares. Así mismo, la ley estatutaria de la administración de justicia, Ley 270 de 1996, en su artículo 48, señala que la parte resolutiva de las sentencias es de carácter obligatorio y de efecto "erga omnes"."*[21]

Por otra parte, aclara la Corte que el pronunciamiento de otra autoridad de inaplicar una norma para el caso concreto por considerarla inconstitucional, no hace que esta pierda competencia para definir, de forma general, abstracta, definitiva y con efectos *erga omnes*, sobre la constitucionalidad o no de la norma inaplicada. En este sentido nos indica:

> *"2.2 De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto[22]. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución.*

---

(17) de marzo de dos mil diez (2010).

[21] Referencia: expedientes D- 6122, 6123 y 6124 Demandas de inconstitucionalidad contra los Arts. 122, 123 (parcial), 124, modificados por el Art. 14 de la Ley 890 de 2004, y 32, numeral 7, de la ley 599 de 2000 Código Penal. Demandantes: Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana. Magistrados Ponentes: Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de dos mil seis (2006).

[22] Desde las sentencias de los años sesenta de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se empieza a tener en cuenta esta tesis. Se dice que los funcionarios competentes para aplicar dicha norma son los que tienen jurisdicción. Al respecto dijo la Sentencia del 2 de marzo de 1961 (M.P. Julio Roncallo Acosta), que, "*El artículo 215 de la Constitución simplemente autoriza oponer, en un caso concreto, la excepción de inconstitucionalidad. El fallo que decide sobre la acción de inexequibilidad sólo puede ser pronunciado por la Corte en pleno y tiene efectos erga omnes; en cambio, para decidir sobre la excepción referida es competente* ***cualquier funcionario con jurisdicción,*** *que deba aplicar la ley, y solo tiene efectos en relación con el caso concreto en donde el conflicto surge*" (Negrillas fuera del texto). También hay que tener en cuenta los fallos de la Sala de Casación Penal de 14 de marzo de 1961, en donde se convalida por vez primera la vía de excepción y se declara inaplicable una ley en un caso concreto, y la sentencia del 26 de abril del mismo año, en donde se definen los alcances generales de la excepción y se establece que cualquier funcionario con jurisdicción es competente para inaplicar una ley contraria a la Constitución (Sobre el particular ver el libro de Julio Estrada, Alexei, Op. cit., p. 284 Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991) .

> *2.3 Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el* ***control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada es constitucional o no****."* (Negrillas de la Sala)[23]

Así entonces, queda reiterada la obligatoriedad de las decisiones de constitucionalidad que emanan del máximo tribunal de esa jurisdicción y los efectos "respecto de todos", de tales determinaciones.

Por otro lado, si bien las sentencias de constitucionalidad emanadas de la Corte Constitucional producen efectos en el tiempo hacia el futuro[24], antes de la declaración judicial del derecho que se reclama (inaplicación de las normas del Decreto 1042 de 1968 para otorgar los factores salariales en ella contenidas) con fundamento en la variación de la posición jurisprudencial, constituyen una mera expectativa que no se ha consolidado o entrado en el patrimonio de quien las reclama, máxime que son factores que se causan por el cumplimiento de los requisitos consagrados en las disposiciones que los regulan, por lo que efectivamente al no consolidarse en el caso concreto, hace que ellas no puedan ser reconocidas en este momento.

En este sentido se ha pronunciado el CONSEJO DE ESTADO, en reciente decisión de tutela, en donde da plena aplicación a la sentencia de constitucionalidad en comento, sobre el tema concreto de la no aplicación del Decreto 1042 de 1968 a los empleados públicos del orden territorial, la que posee analogía fáctica cerrada con el caso bajo estudio y por su importancia la Sala cita:

> *"En ese sentido, no existe ni ha existido discusión sobre el carácter salarial de la* ***"bonificación por servicios prestados"*** *por lo tanto el argumento consistente en afirmar lo contrario no puede ser de recibo.*

---

[23]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-122 de 2011.

[24] La Ley 270 de 1996, consagra en su artículo 45: *"ARTICULO 45. REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario."*

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala observa que la providencia atacada además de que desconoció lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-402 de 2013, tal como lo señaló el actor, incurrió en un defecto sustantivo al interpretar de manera errónea el Decreto 1919 de 2002.

Sobre este defecto la Corte Constitucional ha dicho que se configura cuando "la autoridad judicial respectiva desconoce las normas de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos erga omnes cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada"[25].

En el presente caso, el Tribunal decidió interpretar la expresión "régimen prestacional" en un sentido amplio, que permitiría que se hicieran extensivos no sólo los factores propiamente prestacionales sino también los salariales como es el caso de la bonificación por servicios prestados.

No obstante, como ya se anotó, al actuar de este modo el Tribunal obró de manera ***abiertamente irrazonable****, pues además de ignorar los efectos derivados de lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-402 de 2013, contravino el tenor literal tanto del artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, que expresamente califica la bonificación por servicios prestados como factor salarial, como del Decreto 1919 de 2002, que extiende a los empleados públicos de las entidades territoriales únicamente el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional. Y así mismo desconoce la jurisprudencia del máximo órgano de lo contencioso administrativo, que al tiempo que ha reiterado el carácter salarial de dicha bonificación, ha indicado que el Decreto 1919 de 2002 es claro al señalar que lo que se extenderá a los empleados de los demás órdenes distintos del nacional es solamente el régimen de prestaciones sociales y no el régimen salarial.*

Con este proceder el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desbordó el margen legítimo de interpretación de las normas aplicables al caso que se desprende de la garantía constitucional de la autonomía judicial e incurrió en un supuesto habilitante del amparo excepcional que ofrece la acción de tutela frente a providencias judiciales. Al basar su decisión en una interpretación evidentemente irrazonable de las normas aplicables al caso, por cuanto desconoce los efectos erga omnes y la cosa juzgada constitucional de lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-402 de 2013, y se aparta tanto de la literalidad de las normas aplicadas como de la comprensión que de ellas se ha hecho por parte de la jurisprudencia administrativa, el operador judicial desconoció los límites que le fijan la Constitución y la Ley a su discrecionalidad interpretativa y atenta tanto contra el principio de legalidad como contra el debido proceso."[26]

---

[25] Sentencia T-125 de 2012. En sentido análogo, véase la sentencia SU-539 de 2012.

[26] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero Ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA. Sentencia del 15 de mayo de 2014. Radicación núm.: 11001 0315 000 2013 02125 01. Actor: DEPARTAMENTO DE CUNDIMARCA. Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

6.6. CASO CONCRETO

Dentro del *sub lite* se encuentra acreditado que la demandante, MARGARITA MÉNDEZ GANDARÁ, presta sus servicios al MUNICIPIO DE SINCELEJO en el cargo de Técnico Administrativo, Código 367, grado 28, nombrada en a través del Decreto Nº 140 del 21 de agosto de 1992 y posesionado el 25 del mismo mes y año[27].

Asimismo, se encuentra debidamente probado que la accionante presentó derecho de petición ante el MUNICIPIO DE SINCELEJO el día 1 de febrero de 2013, solicitando el reconocimiento y pago de la prima de servicios y de la bonificación por servicios prestados, amparado en las disposiciones legales establecidas en el Decreto 1042 de 1978 y Decreto 1919 de 2002 (fol. 10 a 14 del C. Principal) pedimento anterior que fue resuelto por el ente territorial en mención, de forma negativa a través de los actos administrativos demandados (fol. 16 a 19 y 24 C. Principal).

Así entonces, vertiendo las pruebas relacionadas en precedencia al caso concreto, este Cuerpo Colegiado distingue, así:

Tal y como se dejó sentado, la línea jurisprudencial del CONSEJO DE ESTADO en supuestos jurídicos como el que ahora centra la atención de esta Colegiatura, permitía acceder a las súplicas de la demanda y en consecuencia reconocer los factores salariales consagrados en el Decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del orden territorial, inaplicando, por considerarla inconstitucional, la expresión *"del orden nacional",* contenida en el reseñado Decreto Ley.

No obstante lo anterior, como corolario de la decisión contenida en la precitada sentencia C-402 de 2013, que es posterior a las decisiones del CONSEJO DE ESTADO, la CORTE CONSTITUCIONAL declaró ajustados a la Constitución, entre otros apartes del Decreto 1042 de 1978, la expresión que por parte del CONSEJO DE ESTADO se consideraba atentatorio de la Carta Política de 1991, por lo que, huelga concluir sin hesitación alguna, que el régimen contenido en el

[27](Ver documentales obrantes a folio 25 a 27 del C. Principal).

pluricitado decreto, le es exclusivamente aplicable a los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, **no siendo por tanto extensivo a los empleados del orden territorial con el argumento de la violación al derecho a la igualdad**.

Igualmente, es menester aclarar que el Decreto 1919 de 2002 extendió a los empleados del orden territorial **las prestaciones sociales y no los factores salariales del orden nacional**. Por lo anterior, los empleados del orden territorial, no tienen derecho a que se les cancele la denominada prima de servicios como tampoco la bonificación por servicios prestados reclamadas en su demanda, pues como ya se indicó, ellos son factores salariales.

Así entonces, ante la obligatoria observancia de las decisiones emanadas de los juicios de constitucionalidad realizados por el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional, este Cuerpo Colegiado se desprende de la tesis reiterada en supuestos fácticos análogos desplegada por el CONSEJO DE ESTADO, y ante la no prosperidad de los argumentos de disenso planteados en el recurso de apelación, se dispondrá, como se indicó en renglones superiores, por parte de esta Sala de Decisión, la NEGATIVA de los factores salariales reclamados, ya discriminados, por lo que en lo atinente a este punto, se comparte los argumentos de *A quo*.

Teniendo en cuenta lo anterior, no le asiste la razón al recurrente y la Sala comparte la decisión de primera instancia, razones suficientes para **CONFIRMARLA**.

6.7. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS:

Se condenará a la parte recurrente que no le prosperó el recurso, la demandante, al pago de las costas correspondientes a esta instancia, de conformidad con lo consagrado en los artículos 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos

365 y 366 del C.G.P. En firme la presente providencia, ordénese que por el *A quo* se realice la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

III. CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta lo anterior, reafirma este estrado judicial, que el régimen salarial contenido en el Decreto 1042 de 1978, no le es aplicable a los empleados del orden territorial, como es el caso de la actora.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida por el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, de fecha 27 de junio de 2014, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandante apelante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta Nº 163.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ