



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veinticinco (25) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-002-2013-00201-01
ACTOR: EVER PÉREZ ÁLVAREZ
DEMANDADA: DEPARTAMENTO DE SUCRE
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación, interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 27 de marzo de 2014, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, negó las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **EVER PÉREZ ÁLVAREZ**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del **DEPARTAMENTO DE SUCRE**, con el fin que se declare configurado el silencio administrativo negativo, frente a las peticiones de **mayo 10 de 2006 - mayo 21 de 2009** y se declare su nulidad.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene a la entidad demandada, a reconocer y pagar auxilio de alimentación, bonificación por

¹ Folio 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

servicios prestados y prima de servicios, a partir del mes de septiembre de 2002 y hacia el futuro, mientras perdure su vinculación con el ente departamental.

Así mismo, solicita se condene a reconocer y pagar la reliquidación de la prima de navidad y auxilio de cesantías, a partir de septiembre de 2002, incluyendo para su liquidación los anteriores factores salariales.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

Se resumen de la siguiente manera:

Indicó el actor, que es empleado público del Departamento de Sucre.

La Gobernación del Departamento, ordenó el pago del subsidio de alimentación a sus empleados, a partir del mes de enero de 2007, pero no incluyó la retroactividad por este concepto, cuyo pago debió darse a partir de la vigencia del Decreto 1919 de agosto de 2002, es decir, desde el mes de septiembre de la misma anualidad.

El día 22 de mayo de 2012, el actor solicitó a la Asesora de Recursos Humanos – Secretaría de Salud Departamental de Sucre y al Líder de Programa Administrativo y Financiero de la Secretaría de Educación Administrativa y Financiera Departamental de Sucre, certificar, si los funcionarios adscritos a esa dependencia, se les reconoció y pagó la prima de servicios, peticiones que fueron resueltas el día 6 de junio y 4 de julio de 2012, respectivamente, argumentándose, que a todo el personal de nómina de la secretaría de salud y funcionarios administrativos, con recursos del Sistema General de Participaciones, si se les canceló dicha acreencia.

Señaló el actor, que el ente territorial al reconocer y pagar la prima de servicios a tales funcionarios y no cancelársela a él, durante todo el tiempo de vinculación, incurría en violación del derecho fundamental a la igualdad.

² Folios 2 y 3

Manifestó, que el Departamento de Sucre, no canceló a sus empleados, la bonificación por servicios prestados, ni la prima de servicios, las cuales, también debían cancelarse a partir del mes de septiembre de 2002, hasta que se terminara la vinculación laboral.

Narró, que la entidad territorial demandada, al momento de liquidar la prima de navidad y el auxilio de cesantías, no hizo inclusión de los factores salariales del auxilio de alimentación, de la bonificación por servicios prestados y de la prima de servicios.

Relató, que los días 10 de mayo de 2006 y 21 de mayo de 2009, presentó ante el Departamento de Sucre, solicitud de reconocimiento y pago de los factores salariales, sin que hasta la fecha haya obtenido respuesta.

El 6 de agosto de 2009, se solicitó audiencia de conciliación ante la Procuraduría 44 Judicial II de Sucre, la cual se llevó a cabo el día 21 de septiembre del mismo año, sin que hubiese conciliación entre las partes.

Como **soporte jurídico** de su pretensión, adujo preceptos de carácter constitucional y legal, como lo son los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, Decreto 1919 de 2002, Decreto 1042 y 1045 de 1978, artículo 11 de la Ley 4 de 1966, sustituido por el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, artículo 51 del Decreto Nacional 1848 de 1969, artículo 32 Decreto Nacional 1045 de 1978, Decreto 2922 de 1966, Ley 45 de 1945, artículo 33 del Decreto 1045, Decreto 10 de 1996, Decreto 31 de 1997 y Decreto 2477 de 1970.

Concepto de la violación: Expuso el actor, que los actos demandados, violaban sus derechos laborales, pues, era evidente que si debía reconocérsele el auxilio o prima de alimentación, desde que entró a regir el Decreto 1919 de 2002, además, tal como lo señalaba la Alta Corporación Administrativa, no existía motivo para hacer una diferenciación, entre factor salarial o prestacional, cuando ella contravenía derechos de índole constitucional, que debían prevalecer.

Indicó, que los actos demandados, que surgieron producto del silencio de la administración, transgredían el citado decreto, por medio del cual, se fijó el régimen de prestaciones sociales, para los empleados públicos y se reguló el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial, al igual que el criterio jurisprudencial del H. Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Sucre.

Argumento, que se violaba el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la C.N., por cuanto existían empleados del Departamento de Sucre, a los que se le venía reconociendo el derecho, que en el presente asunto se pretendía, desde la fecha en que empezó a regir el Decreto 1919 de 2002.

Finalmente, refirió, que no existieron fundamentos razonables u objetivos, para la discriminación establecida por el representante legal de la entidad demandada, de reconocer y ordenar el pago de la prima de servicios, a alguno de sus empleados y dejar a un lado a otros, ya que tampoco, concurrían los diferentes presupuestos, para que se justificara la desigualdad, tal como lo exigía la H. Corte Constitucional.

1.3. Contestación de la demanda.³

El **DEPARTAMENTO DE SUCRE**, a través de apoderado judicial, ejerció su derecho de contradicción, oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

En cuanto a los hechos, aceptó algunos y negó otros.

Como fundamentos de defensa, adujo, que no podía pretender el demandante, una comparación con empleados de órdenes diferentes; la violación del derecho a la igualdad, era entre iguales y este no era el caso, pues, precisamente, el demandante, era un empleado del orden departamental, por tanto, no podía pretender su equiparación a un

³ Ver folios 36-43.

empleado del orden nacional, para obtener los derechos otorgados por los Decretos 1919 de 2002, 1042 y 1045 de 1978.

Propuso la excepción denominada inexistencia del derecho reclamado.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 27 de marzo de 2014, decidió negar las súplicas de la demanda.

Como fundamento de su decisión, el A-quo, luego de referirse a la posición del H. Consejo de Estado sobre el asunto tratado y a la sentencia C-042 de 2013, proferida por la H. Corte Constitucional, que declaró exequible la expresión “*del orden nacional*”, determinó que el Decreto 1919 de 2002, no resultaba aplicable al presente caso, puesto que las pretensiones deprecadas, tenían el carácter salarial y no prestacional. A su vez, no se podía inaplicar la expresión “*del orden nacional*”, contenida en el Decreto 1042 de 1978, pues, fue declarada exequible por la citada sentencia, de la cual citó el siguiente aparte: “*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*”.

Así mismo, refirió que los docentes, tenían un régimen especial y de acuerdo con lo manifestado por el H. Consejo de Estado⁵, a estos empleados territoriales, les asistía los mismos derechos, que los docentes del orden nacional, por lo que les era aplicable el Decreto 1042 de 2008; en tal sentido, lo que pretendía el actor, por el hecho de que aquellos se les cancelara tales acreencias, no indicaba que debían ser reconocidas, al aquí

⁴ Ver folios reverso folio 106-113 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Sección Segunda – Subsección A, sentencia de 22 de marzo de 2012, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

demandante, por cuanto, la actividad desplegada era propia del Estado Colombiano.

Frente a los empleados del sector salud, señaló que les era reconocida y pagada la bonificación por servicios, toda vez que se les aplicaba el Decreto 058 de 2012, regulación que no era aplicable al caso del actor.

Sintetizó, que no se podía acceder a lo pretendido por el demandante, pues, los emolumentos solicitados, eran factores salariales otorgados a los empleados del orden nacional, además, se encontraba cobijado por la sentencia C-402 de 2013, la cual tampoco se podía inaplicar. Y por el hecho, que a otros empleados del orden territorial, pertenecientes a otras secretarías (educación y salud), se les estuviera cancelando dichas acreencias laborales, ello no era óbice, para que se le reconociera a la parte actora.

1.5.- El recurso⁶.

Inconforme con la decisión de primer grado, la parte actora, interpuso recurso de apelación, contra la sentencia de primera instancia, a fin que sea revocada en esta instancia y en su lugar, se concedan las pretensiones de la demanda.

Argumentó, que con el Decreto 1919 de 2002, los factores salariales y prestacionales, devengados por los empleados del orden nacional, se hicieron extensivos a los del orden territorial, ese fue el espíritu y no otro, el del Gobierno Nacional, al expedir la norma en mención.

Arguyó, que no era admisible, que se realizaran distinciones entre el factor salarial y el prestacional, para concluir que a los primeros, no tenían derecho los empleados territoriales, pues, no existía argumento constitucional, ni legal para tal estudio y si bien, la H. Corte Constitucional, en sentencia C-402 de 2013, declaró exequible la expresión "*del orden nacional*", contenida en el

⁶ Folios 123-130, del cuaderno de primera instancia.

artículo 1 del decreto 1042 de 1978, no debía perderse de vista, que con el Decreto 1919 de 2002, el Gobierno Nacional, equiparó los derechos salariales y prestacionales de los empleados del orden nacional y del orden territorial, en garantía del derecho a la igualdad.

Solicitó, se tuviera en cuenta el criterio jurisprudencial del máximo tribunal contencioso, a fin de aplicar las disposiciones del Decreto 1042 de 1978, teniendo en cuenta el principio de favorabilidad laboral y el derecho a la igualdad.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 17 de julio de 2014, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el demandante⁷.
- En proveído de 4 de agosto de 2014, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁸.
- La parte demandante, no presentó alegatos de conclusión.
- **El Departamento de Sucre**, presentó sus alegaciones, reiterando lo que hasta el momento había sostenido en el proceso.⁹

Así señaló, que no podía pretender el demandante, una comparación con empleados de órdenes diferentes, la violación al derecho a la igualdad era entre iguales y este no era el caso; precisamente, el demandante, era un empleado del orden departamental, por lo tanto, no podía pretender su equiparación, a uno del orden nacional, para poder obtener los derechos otorgados por los Decretos 1919 de 2002, 1042 y 1045 de 1978, procurando desdibujar su aplicación.

⁷ Folio 3, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 13.

⁹ Folios 20 - 24

Debía tenerse en cuenta también, que las funciones, la calidad, deberes, responsabilidades y calidades, permitían, claramente, determinar que el demandante, hacía parte de los empleados de orden departamental, más no nacional.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2.- Problema jurídico.

¿El señor **ARGEMIRO BARRETO ÁLVAREZ**, como empleado público del orden territorial, tiene derecho a que se le reconozca y pague la prima de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de alimentación y la consecuente reliquidación de la prima de navidad y la cesantía, con ocasión de su vinculación con el Departamento de Sucre?

2.3 Análisis de la Sala.

El **Decreto Ley 1042 de 1978**, *“Por el cual se establece la 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”*, en su artículo 1º, dispone:

“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”.

Esa misma normatividad, estableció el pago de la bonificación por servicios prestados y la prima de servicios, a los empleados públicos del orden nacional, en los siguientes términos:

“Artículo 45. *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.”

“Artículo 58. *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 se regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre.” (Resaltado fuera de texto)

En cuanto al **subsidio de alimentación**, se tiene, que es un factor constitutivo de salario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 y es un beneficio, que consiste, en el pago habitual y periódico, de una suma de dinero, destinada a la provisión de alimento del empleado.

Conforme al art. 51 del decreto 1042 de 1978, el subsidio de alimentación, se consagró, para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder

público del orden nacional; aspecto que no cambió con la expedición del Decreto 1919 de 2002, el cual, sólo extendió a los empleados públicos del nivel territorial, el régimen prestacional aplicable a los servidores públicos del nivel central, más no extendió su régimen salarial.

Posteriormente, se profirió el Decreto Nacional No. 627 de marzo 7 de 2007, y mediante este, se hizo extensivo el subsidio de alimentación a los empleados públicos territoriales, por tanto, su reconocimiento y pago, surge para dichos empleados, partir de esa anualidad.

Tal emolumento, ha sido actualizado a través de los decretos anuales de salarios para los empleados del sector territorial.

Por otra parte, se 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”*, que en su artículo 1º dispuso:

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

Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas”.
(Negritas fuera de texto).

En cuanto a la **aplicabilidad del Decreto 1919 de 2002**, el H. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda -

Subsección B, en sentencia de fecha 6 de agosto de 2008¹⁰, se refirió en los siguientes términos:

“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 (1° 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 nacional¹¹.

¹⁰ Radicación: No. 08001233100020040101801. Expediente: No. 0507 – 2006. Actor: Mario Yepes del Portillo, C. P. Doctor Gerardo Arenas Monsalve.

¹¹ Entre otras, sentencia de 27 de septiembre de 2007 Exp. No. 4327-2005 Actor: Blanca Edelmira Reyes Alfonso. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado. Sentencia de 23 de agosto de 2007 Exp. No. 0176-2004 Actora: Elvia Vargas Osorio. Magistrado Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

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

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

Los artículos 45¹² y 58¹³ 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" (Negrilla fuera de texto).

Acorde con lo dicho, se señala, que la posición del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, ha sido, la de inaplicar la frase "del orden nacional", contenida en el Decreto 1042 de 1978, con el propósito de hacer extensivas las prestaciones del orden nacional, a los empleados territoriales; posición que a su vez, ha sido reiterada en varias decisiones relacionadas con el tema de las prestaciones y demás derechos laborales, de los empleados de la rama ejecutiva del poder público del orden territorial.

Ahora bien, contrario a la anterior posición, es la que se ha establecido en la **sentencia C-402 de 2013¹⁴, proferida por la H. Corte Constitucional**, en cuanto a la extensión del Decreto 1042 de 1978, a los empleados del orden territorial.

¹² "ARTICULO 45. DE LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS. <Modificado por los Decretos anuales salariales> 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 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".

¹³ "ARTICULO 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".

¹⁴ M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

En dicha providencia, la alta Corporación, declaró exequible la expresión “del orden nacional”, contenida en el artículo 1° del Decreto 1042 de 1978 y refiriéndose a la alegada desigualdad entre los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional y los de orden territorial, señaló:

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

(...)

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

Así mismo, al solucionar el cargo propuesto, indicó:

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

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

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, configurarían un exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas para la expedición de la norma acusada.**

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

“Artículo 1º. 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". (Negrita fuera de texto)

Conforme a la sentencia estudiada, se precisa, 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 ese orden, se tiene, que la reiterada posición del máximo tribunal contencioso, de inaplicar por inconstitucional la frase "del orden nacional", contenida en el aludido decreto, queda sin soporte jurídico, pues, se declaró su exequibilidad por la Corte Constitucional, más si se tiene en cuenta, que las decisiones proferidas por esa corporación, de conformidad con el artículo 243 del ordenamiento superior, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Frente a los efectos de la citada sentencia de constitucionalidad, este Tribunal, ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto; así en sentencia de septiembre 4 de la presente anualidad¹⁵, señaló:

“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 resolutive. 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 inexecutable mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron de fundamento para tal declaración (artículo 243 superior) ...”¹⁶

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

¹⁵ Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Radicación: 70-001-33-33-008-2013-00210-01, Demandante: Lilibeth Díaz Manchego, Demandado: Municipio de Sincelejo, M.P. Dr. Luís Carlos Alzate Ríos.

¹⁶ 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 Sentencia del diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010).

“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 resolutive de las sentencias es de carácter obligatorio y de efecto “erga omnes”.¹⁷

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 concreto¹⁸. 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 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 Sentencia del 10 de mayo de dos mil seis (2006).

¹⁸ 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 inexecutable 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” (Negritillas 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)¹⁹

Así entonces, 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; sin ahondar en mayores elucubraciones, se adentra ahora este Cuerpo Colegiado a estudiar el caso concreto.

Por otro lado, si bien las sentencias de constitucionalidad emanadas de la Corte Constitucional producen efectos en el tiempo hacia el futuro²⁰, 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.

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.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-122 de 2011.

²⁰ 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."

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”²¹.

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.”²²

²¹ Sentencia T-125 de 2012. En sentido análogo, véase la sentencia SU-539 de 2012.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA. Sentencia del 15 de mayo de 2014. Radicación núm.:

2.4.- Caso concreto.

La parte actora pretende, entre otras cosas, se declare configurado el silencio administrativo negativo, frente a las peticiones de mayo 10 de 2006 - mayo 21 de 2009 y se declare su nulidad; como consecuencia de lo anterior, solicita, se ordene a la entidad demandada, a reconocer y pagar auxilio de alimentación, bonificación por servicios prestados y prima de servicios, a partir del mes de septiembre de 2002 y hacia el futuro, mientras perdure su vinculación con el ente departamental. Así mismo, solicita, se condene a reconocer y pagar la reliquidación de la prima de navidad y auxilio de cesantías, a partir de la misma fecha.

Por su parte, el ente demandado, alegó, que no se podía hacer una comparación con empleados de órdenes diferentes; no se vulneró el derecho de igualdad, pues, él actor era un empleado departamental y no debía equipararse a uno del orden nacional, para obtener los derechos otorgados por los Decretos 1919 de 2002, 1042 y 1045 de 1978.

El A-quo, mediante sentencia, resolvió negar las pretensiones de la demanda, al considerar que los emolumentos solicitados, eran factores salariales, otorgados a los empleados del orden nacional y porque, el actor, se encontraba cobijado por la sentencia C-402 de 2013, la cual tampoco se podía inaplicar, por el hecho que a otros empleados del orden territorial, pertenecientes a otras secretarías (educación y salud), se les estuviera cancelando dichas acreencias laborales.

Analizado el caso puesto a consideración, bajo el sino estricto del recurso de alzada, la Sala es del concepto, que la decisión de primera instancia, debe ser confirmada, en razón a lo siguiente:

De acuerdo al material probatorio allegado al plenario, se advierte, que el señor **EVER PÉREZ ÁLVAREZ**, es un servidor público del Departamento de

Sucre, asignado a la planta de personal de la Banda Departamental, mediante Decreto 410 de 1º de febrero de 1981²³.

Así mismo, acorde con la certificación de fecha septiembre 9 de 2009²⁴, suscrita por el Asesor de Recursos Humanos del Departamento de Sucre, el actor, presta sus servicios al ente departamental, desde el 1º de febrero de 1981 y a la fecha, se desempeñaba en el cargo de Músico de Banda, Grado 01, con una asignación mensual de \$573.899.00.

También, se encuentra acreditado, que el actor presentó derecho de petición²⁵ ante el Gobernador de Sucre, el día 10 de mayo de 2006, solicitando el reconocimiento y pago de auxilio de alimentación, prima de servicios y bonificación por servicios prestados, de conformidad con las disposiciones legales establecidas en los Decretos 1919 de 2002, 1042 y 1045 de 1978.

De otra parte, se observa que mediante petición de mayo 21 de 2009, el señor Ever Pérez, presentó otra petición dirigida al Gobernador de Sucre, solicitando retroactividad por concepto de auxilio de alimentación, correspondiente a los meses de septiembre de 2002 a diciembre de 2006, reliquidación de prima de servicio, prima de navidad y auxilio de cesantías, incluyendo para su liquidación, los factores salariales de auxilio de alimentación y bonificación por servicios prestados.

Frente a las anteriores solicitudes, no se emitió respuesta de acuerdo a lo manifestado por el actor, dicho que no fue controvertido por la entidad demandada.

Ahora bien, tal como quedó arriba expuesto, el precedente del H. Consejo de Estado sobre asuntos como el aquí tratado, es que se podía reconocer y pagar los factores salariales consagrados en el Decreto 1042 de 1978, a los empleados públicos del orden territorial, inaplicando, por considerarla

²³ "Por el cual se reasigna el personal artístico de la banda Departamental de Música" Folio 46.

²⁴ Folio 24

²⁵ Folios 13 - 15

inconstitucional, la expresión “*del orden nacional*”, contenida en el citado Decreto Ley.

Sin embargo, la anterior posición, quedó sin soporte, pues, se profirió la sentencia C-402 de 2013, por la H. Corte Constitucional, mediante la cual, se declaró exequible la expresión “*del orden nacional*”, contenida en el Decreto 1042 de 1978, la cual se consideraba por el máximo tribunal de lo contencioso, atentatorio del ordenamiento superior.

De acuerdo con lo anotado, se concluye, que el régimen contenido en el Decreto 1042 de 1978, es aplicable, exclusivamente, a los empleados públicos del orden nacional y el mismo, no se hace extensivo a los empleados del orden territorial, bajo el argumento de la violación al derecho a la igualdad, ya que a ninguno debe aplicarse. Tampoco puede afirmarse, que lo reclamado constituya un derecho adquirido, en tanto, mientras la jurisprudencia concedió lo reclamado, salvo que hubiera una sentencia en firme que así lo decretase, la pretensión no era más que una expectativa²⁶.

A parte de lo anterior, es de aclararse, que el Decreto 1919 de 2002, extendió a los empleados del orden territorial, **las prestaciones sociales, más no los factores salariales del orden nacional**, pues, lo que se buscaba era unificar la legislación nacional y territorial sobre la materia, cubriendo algunas prestaciones sociales, de las que no gozaban los empleados públicos del nivel territorial; en ese sentido, estos últimos, no tienen derecho a que se les reconozca y pague la prima de servicios, ni la bonificación por servicios prestados, ya que como se ha dicho, constituyen factores salariales, aspecto sobre el cual, guardó silencio el mencionado decreto.

²⁶ “Los **derechos adquiridos** son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una Ley y, que por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado frente a Leyes posteriores que no puede afectar lo legítimamente obtenido al amparo de una Ley anterior. Presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la Ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento” (...) “**Las meras expectativas**, consisten en probabilidades de adquisición futura de un derecho que, por no haberse consolidado, pueden ser reguladas por el Legislador, con sujeción a parámetros de justicia y de equidad. En las meras expectativas, resulta probable que los presupuestos lleguen a consolidarse en el futuro” (Negrilla fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C – 242 de 1999. M. P. Dr. Mauricio Gonzáles Cuervo.

En ese orden de ideas, acatando la decisión de la H. Corte Constitucional, contenida en la sentencia C-402 de 2013, esta Sala concluye, que al demandante, por ser un empleado público del orden territorial, no le es aplicable el Decreto Ley 1042 de 1978, por tal motivo, no le asiste derecho al reconocimiento y pago de los factores salariales solicitados, esto es, bonificación por servicios prestados y prima de servicios.

En ese punto, se precisa que si bien el actor alega, que a otros empleados del Departamento, tales como los del **sector salud y educación**, se les cancela dichos factores salariales, arrojando como prueba de ello, las certificaciones suscritas por el Líder de Programa Administrativa y Financiera de la Secretaría de Educación y de la Asesora de Recursos Humanos de la Gobernación de Sucre, obrantes a folios 22 y 23 del Cuaderno de primera instancia, lo cierto es, que los docentes tienen régimen especial y los empleados del sector salud tienen su regulación propia, sin que sea posible extenderse a al demandante, por la calidad de vinculación que posee.

Ahora bien, solicita igualmente el actor, se ordene al departamento de Sucre, a que le reconozca y pague *“la retroactividad por concepto del AUXILIO DE ALIMENTACIÓN”*, a partir del mes de septiembre de 2002 y hacia el futuro, mientras perdure su vinculación con el ente Departamental.

Frente a esa pretensión ha de señalarse, tal como quedó arriba expuesto, que **el auxilio de alimentación**, es un derecho conferido por decretos nacionales, de manera expresa, a los empleados territoriales, pero a partir del año 2007, por lo que es imposible reconocerlo, retroactivamente, desde septiembre de 2002, hasta diciembre de 2006, como pretende el actor.

Finalmente, se aclara a la parte demandante, que no le asiste razón cuando en la contestación de su recurso manifiesta *“No es admisible que se realicen distinciones entre factor salarial y prestacional; para concluir que a los primeros no tienen derecho los empleados territoriales; no existe argumento constitucional, ni legal para tal estudio, motivo por el cual, el A quo debió considerar lo dispuesto en tal decreto”*

Frente a lo anterior, se precisa, que las acepciones prestación social y salario, tienen significado y connotaciones jurídicas diferentes; al respecto, el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", en sentencia de 5 de agosto de 2010²⁷, señaló:

*"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. **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. 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**". (Negrita y Subrayado fuera de texto)*

Así, al considerarse que prestación social y salario, tienen características diferentes, se reitera lo dicho, en cuanto que el Decreto 1919 de 2002, homologó las prestaciones sociales, del sector nacional con el territorial, pero no lo hizo frente a los factores salariales, por tal motivo, no es posible ordenar los emolumentos solicitados a favor del actor, al ser de naturaleza salarial, tal como lo indica el Decreto 1042 de 1978 en su Art. 42²⁸, ya que no fueron extendidos a los empleados públicos del orden territorial.

²⁷ Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00307- 01(4935-05), Actor: NORA TAPIA MONTOYA, Demandado: Municipio de Medellín y Otro, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero

²⁸ "**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:

Siendo así, esta Sala de decisión, es del concepto que la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda, debe ser confirmada.

3.- Condena en costas - Segunda instancia.

En virtud de lo anterior, y siendo consecuentes con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del CGP, en concordancia con el Acuerdo 1887 de 2007 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se condenará en costas al demandante.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 27 de marzo de 2014, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia, al demandante y a favor de la entidad demandada. El a quo, liquidará de manera concentrada, dichas costas, conforme a lo señalado en el art. 365 y 366 del C.G.P.

-
- 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".*

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen, para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFIQUÉSE, COMUNIQUÉSE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 00145/2014

Los magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

(Ausente en comisión)