



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintitrés (23) de octubre de dos mil catorce (2014)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-005-2013-00205-01
DEMANDANTE: ÁLVARO ALFREDO MERCADO
HERNÁNDEZ
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SINCELEJO - SUCRE
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación, interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia datada 24 de julio de 2014, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, negó las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **ÁLVARO ALFREDO MERCADO HERNÁNDEZ**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del **MUNICIPIO DE SINCELEJO - SUCRE**, con el fin de que se decrete la nulidad de los actos administrativos contenido en los oficios Nos. 0101-10.02-0138 de febrero 20 de 2013 y 0101-10.02-0453, adiado el 10 de mayo de 2013; en consecuencia, solicita se ordene a la entidad demandada, reconocer y cancelar al actor, el pago

¹ Folio 1 – 2, del cuaderno de primera instancia.

de las prestaciones sociales a que tiene derecho, tales como prima de servicio y bonificación por servicios prestados, de conformidad con las disposiciones legales, establecidas en el Decreto 1042 de 1978, Decreto 1919 de 2002 y demás del orden nacional, que regulan estos factores salariales.

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

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.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

Se resumen de la siguiente manera:

Indicó el actor, que es empleado público del Municipio de Sincelejo – Sucre, nombrado mediante acto administrativo y debidamente posesionado; en la actualidad hace parte de la planta de personal, como Profesional Universitario, Código 219, Grado 15, cumple con las funciones asignadas por la constitución, la ley y el manual de funciones y requisitos, además de las asignadas por los superiores jerárquicos.

Narró, que durante el tiempo de su relación laboral con el Municipio de Sincelejo, había recibido salarios y prestaciones sociales, por los servicios prestados, que no eran los mismos a los percibidos por los empleados públicos del orden nacional.

² Folios 2 y 3

Manifestó, 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 su caso, era el señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

Afirmó, que los empleados públicos del orden nacional, recibían como contraprestación por sus servicios, a título de salarios y prestaciones sociales, los derechos salariales y prestacionales señalados en las normas contenidas en el artículo 42 a 60 del Decreto 1042 de 1978, tales como: 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.

Señaló, que al comparar los salarios y prestaciones sociales por él percibidas, se observaba, 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, que le seguían aplicando al demandante, el régimen de empleados públicos territoriales, más no las normas que regían las relaciones laborales, a los empleados públicos del orden nacional, que es la norma general aplicable a estos casos.

Relató, que presentó el día 01 de febrero de 2013, solicitud de reconocimiento de estos factores salariales y en respuesta, el ente territorial expidió el oficio No. 0101-10.02-0138 y contra este Acto Administrativo se interpuso Recurso de Reposición, el cual fue resuelto mediante oficio N° 0101-10.02-0453 de mayo 10 de 2013, el cual negó el derecho reclamado.

Presentó solicitud de conciliación extrajudicial, el día 12 de julio de 2013, la cual se llevó a cabo el día 24 de agosto del mismo año, sin llegar a un acuerdo conciliatorio.

Como **soporte jurídico** de su pretensión, adujo preceptos de carácter constitucional y legal, como lo son los artículos 1, 2, 4, 13, 23, 25, 29, 53, 93 inciso 3, y 122 y siguientes, 150-5, 150-19, 205-7, 287, 300-7 y 313 de la Constitución Política; artículo 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, Decreto 1042 de 1978, artículos 45, 46 y 58; Decreto 1045 de 1978, Ley 4 de 1992, en sus artículos 1 y 12; artículo 16 Ley 446 de 1998 y Decreto 1919 de 2002.

Concepto de la violación: Expuso el actor, que el artículo 12 de la Ley 4 de 1992, dispuso que el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales, sería el fijado por el Gobierno Nacional, para lo cual, se señaló que el límite máximo salarial de estos servidores, debería guardar equivalencia con los cargos similares del orden nacional.

Así mismo, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades consagradas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1992, expidió el Decreto 1919 de 2002, que estableció en su artículo 1º, 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, sostiene el accionante, que 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.

1.3. Contestación de la demanda³.

El **MUNICIPIO DE SINCELEJO**, presentó la contestación de **manera extemporánea**, oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó algunos y negó otros. Propuso la excepción inexistencia del derecho reclamado y la que resultare probada dentro del proceso.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de fecha 24 de julio de 2014, decidió negar las súplicas de la demanda.

Como fundamento de su decisión, el A-quo, luego de referirse a la sentencia C-042 de 2013, proferida por la Honorable Corte Constitucional, mediante la cual se declaró exequible la expresión “*del orden nacional*”, y luego de apartarse de la tesis trazada por el Honorable Consejo de Estado, que hacía extensivo los pretendidos emolumentos salariales a los empleados territoriales, consideró, que al demandante, no le asistía tal derecho, por ser un empleado público del orden municipal y no nacional, por tanto, no le era aplicable.

Afirmó, que por el hecho de haberse establecido factores salariales, para los servidores públicos del orden territorial, distintos a los del orden nacional, no se configuraba una violación al derecho a la igualdad, en razón a que, no se daban los presupuestos propios, de un criterio de comparación, para establecer un trato diferente e injustificado.

En razón a lo anterior, denegó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

³ Ver folios 55-61, cuaderno de primera instancia.

⁴ folios 72 - 82.

1.5.- El recurso⁵.

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.

Como argumentos del recurso de alzada, trajo a colación una sentencia del Honorable Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de fecha 3 de julio de 2013⁶, para señalar, que la posición de esa alta Corporación, era hacer extensivo a los empleados territoriales, el mismo régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden nacional, posición esta, que se había edificado en la jurisdicción contenciosa administrativa.

Así mismo, hizo referencia a la postura del Tribunal Administrativo de Sucre – Sala Tercera, Decisión Escritural, en decisión del mes de diciembre de 2013⁷, mediante la cual, se confirmó la sentencia de primera instancia, que accedió a las súplicas de la demanda en un caso similar.

Adujo, que en el presente caso, la actuación administrativa, se inició antes de la expedición de la sentencia C-402 de julio 3 de 2013, bajo la vigencia del precedente jurisprudencial del H. Consejo de Estado, el cual admitía el reconocimiento de estos derechos prestacionales y la jurisdicción contenciosa, así los venía reconociendo; sin embargo, a pesar de existir el pronunciamiento de la Corte, el máximo tribunal contencioso, en decisión de tutela de la misma fecha, mantiene la tesis frente a dicho reconocimiento.

⁵ Folios 98-100 del cuaderno de primera instancia.

⁶ Radicación No. 11001-03-15-000-2013-00725-00, actor: María Natalia Velázquez Hernández, demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Subsección C – Sección Segunda. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

⁷ proceso radicado bajo el No. 70-001-33-31-073-2012-00082-01, demandante: Jorge Torres Támara, demandado: Municipio de Sincelejo.

Lo anterior, implicaba, que no se había actuado con mala fe o temeridad, por ende, mal podría imponerse una carga de una condena en costas procesales y agencias en derecho.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 28 de agosto de 2014, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el demandante⁸.
- En proveído de 09 de septiembre de 2014, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁹.
- Las partes no presentaron alegatos de conclusión en esta instancia procesal.

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 **ÁLVARO ALFREDO MERCADO HERNÁNDEZ**, como empleado público del orden territorial, tiene derecho a que se le reconozca y pague la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, con ocasión de su vinculación con el Municipio de Sincelejo?

⁸ Folio 3, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folio 13.

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."

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", 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".
(Negrillas fuera de texto).

En cuanto a la **aplicabilidad del Decreto 1919 de 2002**, el 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 (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

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

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.

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”.

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.

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". (Negrita 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.

En dicha providencia la alta Corporación, declaró exequible la expresión "del orden nacional", contenida en el artículo 1º 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**

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.

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

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

“Artículo 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:

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.

“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:

“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 6º 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

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 Bogotá D. C., diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010).

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

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.

*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

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).

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” (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).

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-122 de 2011.

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.

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

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.”

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

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

2.4.- Caso concreto.

La parte actora pretende, entre otras cosas, que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios Nos. 0101-10.02-0138 de febrero 20 de 2013 y 0101-10.02 0453 adiado el 10 de mayo de 2013; en consecuencia, solicita se ordene a la entidad demandada, reconocer y

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.: 11001 0315 000 2013 02125 01. Actor: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA. Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

cancelar al actor, el pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho, tales como prima de servicio 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.

El A-quo mediante sentencia, resolvió negar las pretensiones de la demanda, al considerar que el actor no tenía derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios y bonificación por servicios prestados, en razón a que estos factores salariales, estipulados en el Decreto 1042 de 1978, solo se reconocían a los empleados del orden nacional, sin que sea dable aplicarlos a los empleados públicos del orden territorial.

Analizado el caso puesto a consideración, 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 **ÁLVARO ALFREDO MERCADO HERNÁNDEZ**, es un empleado público del Municipio de Sincelejo, nombrado según Decreto 058 de febrero 16 de 1996²³ y acta de posesión No. 2089 de febrero 19 la misma anualidad²⁴.

Así mismo, acorde con las certificaciones de fechas 27 de julio y 12 de agosto de 2013²⁵, respectivamente, suscritas por el Jefe de Recursos Humanos y la Jefe de Archivo del Municipio de Sincelejo, el actor presta sus servicios al ente municipal, en el Cargo Profesional Universitario, Código 219, Grado 15, adscrito a la UMATA de la Secretaria de Agricultura Ganadería y Medio Ambiente desde el 19 de febrero de 1996.

Igualmente, se encuentra acreditado que el actor, presentó derecho de petición ante el Municipio de Sincelejo, el día 01 de febrero de 2013²⁶, solicitando el reconocimiento y pago de la prima de servicios y de la bonificación por servicios prestados, de conformidad con las disposiciones

²³ Folio 30.

²⁴ Folio 29.

²⁵ Folios 27 – 28.

²⁶ Folios 10 – 14.

legales establecidas en el Decreto 1042 de 1978, Decreto 1919 de 2002 y demás disposiciones legales del orden nacional, que regulan estos factores salariales.

La anterior solicitud, fue resuelta por el ente municipal mediante oficio No. 0101-10.02-0138 de febrero 20 de 2013²⁷, a través del cual, se le informó al petionario, que no tenía derecho a los conceptos solicitados.

Posteriormente, presentó Recurso de Reposición contra la anterior decisión, el día 11 de marzo de 2013²⁸, que fue resuelto mediante oficio N° 0101- 10.02-0453 de fecha 10 de mayo de 2013²⁹, mediante el cual, confirma negando lo deprecado anteriormente.

Ahora bien, tal como quedó arriba expuesto, el precedente del Honorable 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 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 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.

²⁷ Folios 16 - 19

²⁸ Folios 20 - 23

²⁹ Folio 24

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.

En ese orden de ideas, acatando la decisión de la Honorable Corte Constitucional, contenida en la sentencia C-402 de 2013, esta Sala concluye, que al demandante, por ser una 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 servicios³⁰.

En consecuencia de lo anterior, esta Sala de decisión, es del concepto, que la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda, debe ser confirmada.

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 24 de julio de 2014, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

³⁰ Esta conclusión es tan contundente, que por vía de tutela, se han dejado sin efectos, decisiones tomadas por la jurisdicción contenciosa administrativa en sentido contrario a lo aquí afirmado. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 15 de mayo de 2014. C. P.: GUILLERMO VARGAS AYALA. Radicación número: 11001-03-15-000-2013-02125-01(AC). Actor: DEPARTAMENTO DE CUNDIMARCA. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA.

SEGUNDO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo. **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. 00158/2014

Los magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ