

**Juzgado Noveno Administrativo
Oral de Medellín**



**República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Medellín, siete (7) de julio de dos mil catorce (2014)**

REFERENCIA :	
RADICADO:	05001 33 33 009 2014 000535 00
ACTUACIÓN:	CONCILIACIÓN PREJUDICIAL
CONVOCANTE:	JOSE FERNANDO GOMEZ BERRIO
CONVOCADO:	CONTRALORIA GENERAL DE MEDELLIN
ASUNTO:	IMPRUEBA CONCILIACIÓN
AUTO INTERLOCUTORIO No.	0309

ANTECEDENTES

El señor **JOSE FERNANDO GOMEZ BERRIO**, obrando mediante apoderada, obrando mediante apoderada, presentó solicitud de CONCILIACIÓN PREJUDICIAL ante la Procuraduría General de la Nación correspondiendo a la Procuraduría 222 Judicial II para Asuntos Administrativos, con el fin de obtener la solución de una controversia con la **CONTRALORIA GENERAL DE MEDELLIN** para que se le reconozca y pague la prima de servicios, la bonificación por servicios en la periodicidad, cuantía y demás prescripciones reguladas en Decreto 1042 y 1045 de 1978 y 1029 de 2013 y el precedente Jurisprudencial del Consejo de Estado en esta materia.

La audiencia de conciliación extrajudicial tuvo lugar el 29 de abril de 2014, la cual culminó con acuerdo conciliatorio. Luego de lo cual, las diligencias fueron remitidas a los Juzgados Administrativos de Medellín, correspondiéndole por reparto a éste Despacho.

Fundamenta su petición en los siguientes

HECHOS

De acuerdo con lo manifestado por la apoderada de la convocante, el señor José Fernando Gómez Berrio es funcionaria de la Contraloría General de Medellín desde el 7 de junio de 2011,

como Técnico Operativo 2013, Grado O1T en la dependencia 047722 CAAF EPM 1 ASUNTOS ADMINISTRATIV.

Desde la expedición del Decreto 1919 de 2002 la Contraloría General de Medellín no ha pagado la prima de servicios ni la bonificación por servicios prestados, que tiene una prescripción de 3 años. Desde el año 2002 no ha pagado con los factores salariales de prima de servicios y bonificación por servicios las siguientes prestaciones sociales: vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad y cesantías.

El 6 de septiembre, el señor José Fernando Gómez Berrio, pidió que se le reajustaran sus prestaciones sociales y la contraloría negó la petición mediante memorando No. 037502-201300008089 del 51 de diciembre de 2013. El 11 de diciembre de 2013 se interpuso recurso de reposición, el 26 de diciembre la Contraloría resuelve el recurso de reposición y concede el de apelación, recurso que es resuelto el 20 de enero y se confirma la decisión.

ACUERDO CONCILIATORIO

Mediante auto del 26 de marzo de 2014, la Procuraduría 222 Judicial II para Asuntos Administrativos, resolvió admitir la solicitud y fijó fecha y hora para la celebración de la respectiva Audiencia de Conciliación (folio 41), la cual se llevó a cabo el 29 de abril de 2014 (fl. 61 a 65), con la siguiente manifestación de las partes:

El apoderado de la parte convocada, expresó:

“el comité de conciliación de la Contraloría General de Medellín, reunido el 3 de abril de 2014, con acta #06, decidió proponer la siguiente fórmula conciliatoria: La política de conciliación de la Entidad en esta materia, es reconocer y pagar la PRIMA DE SERVICIOS Y LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, por los años 2012-2013, según los porcentajes que tratan los artículos 46, 58 y 60 del D. 1042/78, esto es el 50% por prima y 35% de la asignación básica respectivamente; así como reconocerlas hacia el futuro. Con base en lo anterior, el Comité de Conciliación mediante Acta 4 del 20 de marzo de 2014 decidió aprobar la siguiente fórmula conciliatoria: 1º Reconocer la prima de servicios y la bonificación por servicios al convocante por los daños causados por un valor de \$3.506.192. No habrá lugar a indexación, actualización, intereses, u otro concepto diferente; 2. La forma de pago es la siguiente: (50%) del valor dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia que apruebe la conciliación por parte del juez, y el 50% restante a más tardar al décimo mes posterior al primer pago antes citado. 3º. Compromiso u obligación de la Contraloría General de Medellín de continuar pagando la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados hacia el futuro...”

Respecto a la propuesta anterior, una vez concedida la palabra a la parte convocante, expresó que aceptaba la misma.

CONSIDERACIONES

La Conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos por el cual dos o más personas naturales o jurídicas resuelven sus problemas ante un tercero conocido como conciliador. La ley dispone que los asuntos susceptibles de conciliación son aquellos que sean transigibles, desistibles y aquellos que expresamente determine la ley. Asimismo clasifica la conciliación en judicial y extrajudicial.

Con relación a los supuestos para la aprobación de los acuerdos conciliatorios, se ha referido el Consejo de Estado, mediante providencia de fecha 26 de Marzo de 2009, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, Exp. No. 2007-00014-01(34233), a los siguientes:

- 1. Que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para conciliar.*
- 2. Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes.*
- 3. Que la acción no haya caducado.*
- 4. Que se hayan presentado las pruebas necesarias para soportar la conciliación, es decir, que respalden lo reconocido patrimonialmente en el acuerdo.*
- 5. Que el acuerdo no sea violatorio de la ley*
- 6. Que el acuerdo no resulte lesivo para el patrimonio público.*

El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por la Ley 446 de 1998 artículo 70, establece que las personas jurídicas de derecho público **a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado**, pueden conciliar, total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca la jurisdicción de lo contencioso administrativo con ocasión de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractual previstas en el Código Contencioso Administrativo.

Por su parte, el artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-Ley 1437 de 2011 reiteró la exigencia de dicho requisito, estableciendo en el numeral primero que cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

De acuerdo con lo anterior, el juez está en la obligación de examinar los requisitos de forma y de fondo indispensables para impartir aprobación al acuerdo conciliatorio, verificando detenidamente que los hechos que sirven de fundamento al arreglo se encuentren debidamente acreditados con las pruebas que fueron aportadas, igualmente, debe revisar el acuerdo para constatar que no sea violatorio de la ley, esto quiere decir que la conciliación haya versado sobre materias legalmente conciliables y finalmente el juez debe asegurarse y verificar que el acuerdo conciliatorio no sea lesivo del patrimonio público.

No obstante, antes de proceder a verificar cada uno de los presupuestos indicados, se detendrá este Despacho en el análisis de la materia objeto de conciliación, esto es, a la prima de servicios y a la bonificación por servicios de los empleados del orden territorial, tema que no ha sido pacífico, pues se puede encontrar posiciones jurisprudenciales que en ocasiones reconocen tal derecho, pero que en otras oportunidades lo han negado, como pasa a establecerse.

El Decreto 1042 de 1978 *“por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”*, establece en su artículo 1º lo siguiente:

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

A su vez, el citado Decreto en sus artículos 42, 45 y 58 respectivamente, dispuso:

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

- a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.*
- b) Los gastos de representación.*
- c) La prima técnica.*
- d) El auxilio de transporte.*
- e) El auxilio de alimentación.*
- f) La prima de servicio.*
- g) La bonificación por servicios prestados.*
- h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.”*

“Artículo 45º.- De la bonificación por servicios prestados. A partir de la expedición de este Decreto, créase una bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el artículo 1º”.

“Artículo 58º.- 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 se regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre”.

De las normas traídas a colación puede establecerse que **el Decreto 1042 de 1978, se aplica a los empleados públicos del orden nacional**, esto es, a los que desempeñen las distintas categorías de empleos en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1045 de 1978 *“por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”*, que en sus artículos 1º, 5º, 17, 45, 46, respectivamente establecen:

“Artículo 1º.- Del campo de aplicación. El presente Decreto fija las reglas generales a las cuales deben sujetarse algunas entidades de la administración pública del orden nacional para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales señaladas por la ley para su personal. Estas reglas no se aplican al personal de las fuerzas militares y de policía que tenga un régimen de prestaciones especial”.

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

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

“Artículo 17º.- De los factores salariales para la liquidación de vacaciones y prima de vacaciones. Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este decreto, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978;
- c) Los gastos de representación;
- d) La prima técnica;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de servicios;
- g) La bonificación por servicios prestado.

En caso de interrupción de las vacaciones por las causales indicadas en el artículo 15 de este Decreto, el pago del tiempo faltante de las mismas se reajustará con base en el salario que perciba el empleado al momento de reanudarlas”.

“Artículo 33º.- De los factores de salario para liquidar la prima de navidad. Para el reconocimiento y pago de la prima de navidad se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978;
- c) Los gastos de representación;
- d) La prima técnica;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de servicios y la de vacaciones;
- g) La bonificación por servicios prestados”.

“Artículo 45º.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968”

“Artículo 462.- De los factores de salario para liquidar otras prestaciones. Para determinar el valor de los auxilios por enfermedad y maternidad, de la indemnización por accidente de trabajo y por enfermedad profesional y del seguro por muerte se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;*
- b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978;*
- c) Los gastos de representación;*
- d) La prima técnica;*
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f) La prima de servicios;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*
- h) La prima de vacaciones”.*

De esta normativa se desprende que tanto la prima de servicios como la bonificación por servicios prestados son factores salariales computables para liquidar otras prestaciones sociales de los funcionarios del orden nacional, **lo que hace deducir a este despacho que los conceptos que por vía de la presente conciliación se reconocen, no constituyen en sí prestaciones sociales sino salario.**

A su vez **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 establece:

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

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

Aduce la convocante, que con la expedición del Decreto 1919 de 2002, se igualó el régimen prestacional de los funcionarios del estado, igualó el régimen de los funcionarios territoriales con los funcionarios de la rama ejecutiva del orden nacional. Lo anterior implica que los empleados del orden territorial resultan beneficiados, al trasladársele tanto las prestaciones sociales como salariales del orden nacional que no les cobijaban, siendo entonces aplicable el Decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del orden territorial.

Respecto al asunto de la referencia, el Consejo de Estado en sentencia de fecha 23 de octubre de 2008, radicación número: 08001-23-31-000-2001-00881-01(0730-07), consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, indicó:

*“En lo concerniente a la prima anual de servicios, la Sala aprecia que el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 consagra su reconocimiento para los funcionarios a quienes se aplica el citado Decreto, quienes tendrán derecho a aquélla siendo equivalente a quince (15) días de remuneración, que se pagará en los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año. El mencionado Decreto 1042 de 1978, se aplica para los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional. A su turno, expresa el artículo 42 ibídem, que 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 y se menciona como factor salarial la prima de servicios. Ahora bien, el artículo 1º del Decreto 1919 de 2002, hizo extensivo el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional para los empleados públicos vinculados o que se vinculen, entre otros órganos a las Personerías Distritales. **En ese orden, examina la Sala, que la pretensión de la demanda referida al reconocimiento de la prima de servicios no tienen vocación de prosperidad por cuanto el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 no puede ser aplicado al orden territorial por remisión del artículo 1º del Decreto 1919 de 2002 dado que dicha acreencia laboral tiene una connotación salarial y no prestacional**”* (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Esta posición es contraria a la de la demandante, en tanto la homologación dispuesta en el artículo 1º del Decreto 1919 de 2002 del sector nacional con el territorial, concierne únicamente al reconocimiento y pago de prestaciones sociales y no así de factores salariales, tales como la prima de servicios solicitada.

Ahora bien, dicha posición no ha sido pacífica en el Consejo de Estado, toda vez que existen pronunciamientos en temas similares al asunto que hoy se estudia en sentido contrario, como la sentencia de fecha 27 de septiembre de 2007, radicación No. 15001233100020010171901 (4327-05), con ponencia del consejero de Estado Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia del 23 de agosto de 2007, sentencia del 22 de noviembre de 2007, sentencia del 27 de septiembre de 2007, del 6 de agosto de 2008, del 25 de septiembre de 2008, del 21 de octubre de 2010 y del 23 de agosto de 2012.

Sin embargo estos pronunciamientos fueron proferidos con anterioridad a la sentencia C-402 de 2013 mediante la cual se analiza la exequibilidad de los artículos 1, 45, 46, 50, 51, 58,

62 (parciales) del Decreto 1042 de 1978. En dicha sentencia, la Corte Constitucional, en calidad guardiana de la Constitución Política, señaló¹:

10. La inferencia de una discriminación injustificada que contradice el principio de igualdad, depende de la comprobación de tres premisas definidas. La primera consiste en la determinación suficiente acerca de los sujetos o situaciones jurídicas particulares y concretas respecto de la cual se predica el tratamiento desigual. Por ende, no puede plantearse un juicio de igualdad si los extremos del presunto tratamiento no están definidos con estas condiciones.

La segunda premisa la conforman las razones que hacen que los mencionados sujetos o situaciones jurídicas sean comparables, aspecto que la jurisprudencia ha denominado como la construcción del tertium comparationis. Esta condición puede considerarse como el centro de la discusión acerca del juicio de igualdad, pues ofrece las consideraciones mínimas para determinar por qué una pluralidad de sujetos o posiciones jurídicas deben recibir idéntico tratamiento por parte del ordenamiento jurídico. Para la Corte, "...la jurisprudencia constitucional ha establecido que en principio se debe dar igual trato a las personas que se encuentren en similar situación, pero que se puede dar un trato desigual o diferente siempre y cuando se encuentre una explicación razonable para realizar la diferenciación.(...) Empero el criterio para realizar la equiparación o la diferenciación resultará vacío si no se determina desde qué punto de vista una situación, persona o grupo es igual a otro, es decir sino se responde preliminarmente a las preguntas de la igualdad entre quiénes y la igualdad en qué. Por ello, en planteamientos recogidos por este Tribunal de la doctrina alemana^[13], se ha explicado que, dado que ninguna situación, persona o grupo son idénticos a otros, determinar la igualdad y la desigualdad supone siempre un juicio de valor sobre cuál característica o propiedad resulta relevante para establecer el examen de igualdad por parte del juez – criterio valorativo- ."^[14]

Por último, la tercera premisa corresponde a la identificación, si a ello hay lugar, de una previsión de rango constitucional que justifique la adopción de un tratamiento distinto entre sujetos o posiciones jurídicas que prima facie deben estar reguladas por el ordenamiento de manera análoga.

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.

Frente a esta situación la Corte ha precisado que la comparación entre diferentes regímenes respecto de prestaciones concretas, con el fin de establecer violaciones al principio de igualdad, no resulta conducente por partirse de supuestos de hecho que no son idénticos.

Este fue el asunto resuelto por la Corte en la sentencia C-313/03, la cual desestimó el cargo por violación del derecho a la igualdad respecto a la aplicación del Decreto 1278/02 – Estatuto de Profesionalización Docente para el caso de determinados trabajadores, con exclusión de aquellos vinculados al amparo de un régimen anterior.

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-402 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

En esa oportunidad, la Sala recopiló el precedente aplicable al asunto objeto de estudio y planteó los siguientes argumentos que, por su importancia en la demanda de la referencia, la Corte considera pertinente transcribir in extenso:

“(…) Así, dado que el juicio de igualdad debe partir del supuesto de una misma situación, y que éste supuesto no se presenta cuando diversos grupos especiales de servidores son regidos por sistemas de beneficios diferentes, la Corte ha concluido que no resulta posible establecer en esas circunstancias una vulneración del artículo 13 superior.

Ha de tenerse en cuenta además, como también ya lo ha señalado la Corte, que si cada régimen especial es mirado como un sistema particular de reconocimientos salariales y prestacionales, los beneficios particulares contemplados en él, no pueden ser examinados aisladamente, para enfrentarlos con otros sistemas también especiales (…)”.

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.

Es importante insistir, en este sentido, que la imposibilidad expuesta se basa en las dificultades que subyacen a la identificación de un criterio de comparación entre beneficios laborales que pertenecen a regímenes distintos. Como ha indicado la jurisprudencia, el juicio de igualdad solo es posible cuando se acrediten argumentos relativos a la definición de “(i) con claridad los grupos involucrados, (ii) el trato introducido por las normas demandadas que genera la vulneración del derecho a la igualdad y (iii) qué justifica dar un tratamiento distinto al contenido en las normas acusadas”,^[25] toda vez que “la realización de la igualdad no le impone al legislador la obligación de otorgar a todos los sujetos el mismo tratamiento jurídico, ya que no todos se encuentran bajo situaciones fácticas similares ni gozan de las mismas condiciones o prerrogativas personales e institucionales.”

Por ende, para que un juicio de igualdad en el escenario planteado sea posible, debe demostrarse que el beneficio laboral correspondiente es extrapolable del régimen en que se encuentra inserto y que, a su vez, no existe ninguna razón constitucionalmente atendible para el tratamiento diferente. Si estos requisitos no están presentes, se está ante la inexistencia de los presupuestos para la conformación del tertium comparationis, imprescindible para inferir un trato discriminatorio injustificado.

Ahora bien, también la Corte debe resaltar que esa improcedencia general no puede comprenderse de manera tal que valide la exequibilidad de tratamientos diversos que (i) se funden en categorías constitucionalmente prohibidas; o (ii) no encuentren justificación en una finalidad compatible de la Carta Política. Por lo tanto, en aquellos casos en que sea posible acreditar uno de estos supuestos, podría alegarse la concurrencia de un tratamiento discriminatorio contrario al derecho a la igualdad.

(...)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.

Ahora bien, a pesar de que en esta providencia no se trata específicamente el tema de la prima de servicios y de la bonificación por servicios, lo cierto es que la misma es enfática en indicar que el sistema salarial de los empleados del orden nacional no es aplicable a los funcionarios territoriales y que no por ello se trasgrede el principio de igualdad, pues la disposición de regímenes salariales y prestacionales diferentes para los empleados públicos del orden nacional y del nivel territorial, resulta ajustado a la Carta Política en tanto no existe un mandato que así lo disponga, y por cuanto puede válidamente disponerse un tratamiento desigual por tratarse de regímenes distintos.

Aunado a lo anterior, es preciso indicar que el Consejo de Estado- Sección Primera, CP Dr. Guillermo Vargas Ayala, en providencia del 15 de mayo de 2014, analizó la conclusión alcanzada por la Corte Constitucional en la sentencia C-402 de 2013 en relación con la distinción efectuada por la ley entre el régimen salarial de los empleados públicos del nivel nacional y los de los niveles territoriales, así como viabilidad o razonabilidad de apartarse de tal precedente judicial en el entendido que frente al tema había cosa juzgada constitucional. Y finalmente enfatizó sobre la Jurisprudencia existente en torno al reconocimiento de la prima de servicios con base en el Decreto 1919 de 2002 que ordenó hacer extensivo el régimen prestacional de los empleados del orden nacional a los de los demás órdenes.

En la sentencia antes mencionada, la máxima corporación de lo contencioso decidió un acción de tutela interpuesta frente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca quien confirmó el fallo de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, aduciendo que había lugar a reconocer en cabeza del demandante la bonificación por servicios prestados teniendo en cuenta que cuando el Decreto 1919 de 2002 ordenó hacer extensivo el régimen prestacional de los empleados del orden nacional a los de los demás órdenes pretendió incluir además, los conceptos que constituyen factor salarial como es la citada bonificación.

El Departamento de Cundinamarca, quien ostenta la calidad de demandado dentro el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, argumentó en la acción de tutela, en la que obra como accionante, que con la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca *“se está desconociendo el precedente jurisprudencial de la Corte*

Constitucional que mediante Sentencia C-402 de 2013 declaró exequible la expresión “del orden nacional” contenida en el artículo 1º del Decreto 1042 de 1978 en el entendido de que es plenamente válido que exista la diferenciación de los regímenes prestacionales y salariales de los distintos niveles nacional, departamental y municipal sin que ello vulnere el principio de igualdad.”

El órgano de cierre en lo contencioso administrativo concedió el amparo solicitado, por lo que decidió revocar la sentencia impugnada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la dejarla sin efectos y, en su lugar, ordenar que se profiera nueva decisión, con fundamento en las siguientes motivaciones, las cuales se consideran más relevantes para el caso que estamos analizando:

“...para la Sala esta conclusión del Tribunal resulta manifiestamente equivocada por diversas razones. De un lado, ella elude la conclusión alcanzada por la Corte Constitucional en la sentencia C-402 de 2013 en relación con la legitimidad de la distinción efectuada por la ley entre el régimen salarial de los empleados públicos del nivel nacional y los de los niveles territoriales; de otro existen normas expresas que imponen concluir lo contrario. Por último, en aplicación de dicha normativa, en relación con este punto existe una posición unificada en el Consejo de Estado que le otorga carácter meramente salarial a la bonificación por servicios prestados y que por ende, no permite hacer extensivo este concepto a los empleados de un orden distinto al nacional; de donde se desprende que la postura del Tribunal también desconoce el entendimiento que a dichas disposiciones ha dado la jurisprudencia administrativa en pronunciamientos reiterados.

Así, en primer lugar, el desconocimiento de lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-402 de 2013 surge de hacer extensivo un factor salarial consagrado para empleados del orden nacional a los de los niveles territoriales cuando la Ley no lo previó así, por cuanto, como ya se anotó, la Corte avaló la existencia de una diferenciación de los beneficios reconocidos en los regímenes y estimó no solo que con ello no se vulnera el principio de igualdad, sino que además dejó sentado que de ese modo se desarrolla de forma adecuada las diferencias que la propia Constitución prevé en materia de régimen salarial y prestacional entre funcionarios del nivel nacional y territorial.

*En relación con lo segundo, esto es, con la existencia de normas que rechazan la conclusión a la cual arribó el Tribunal en la sentencia que se controvierte, se tiene que el Decreto 1042 de 1978 indica con claridad que para los empleados del orden nacional la **“bonificación por servicios prestados”** es, para los empleados del nivel nacional, **un factor salarial y no uno prestacional***

(...)

*Entonces en razón a que **la bonificación reclamada no tiene carácter prestacional sino salarial**, según lo establece el Decreto 1042 de 1978, **no es posible aplicar lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1919 de 2002**, pues esta disposición lo que autorizó fue únicamente a extender el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, entre otros, a los empleados del nivel central y descentralizado*

en los niveles departamental, distrital y municipal, quedando excluidos de su ámbito de aplicación los factores salariales. Y aún cuando se podría entender, como lo hace el Tribunal, que la expresión “régimen prestacional” tiene un sentido amplio y uno restringido, como se verá enseguida, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido constante en señalar la necesidad de hacer una interpretación restrictiva de dicho concepto.

En efecto, y en cuanto a lo tercero, esto es, a la línea jurisprudencial desarrollada por el Consejo de Estado en relación con este punto, se tiene que la Corporación ha sostenido lo siguiente:

“Aunado a lo expuesto, es pertinente agregar que como quiera que la bonificación por servicios prestados cuya titularidad reclama el demandante, no tiene carácter prestacional, sino salarial según lo establece el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, en principio no es posible aplicar lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1919 de 2002², pues dicha disposición lo que autoriza es aplicar el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, entre otros, a los empleados del nivel del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, distrital y Municipal, y según lo visto la acreencia reclamada no goza de dicha naturaleza”.³

Asimismo, en providencia del 23 de octubre de 2008, la Sección Segunda de esta Corporación consideró que la pretensión de reconocimiento de la bonificación por servicios prestados no podía prosperar pues se trata de una acreencia laboral de carácter salarial y no prestacional.

(...)

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

² “Artículo 1º. **Artículo 1.-** A partir de la vigencia del presente Decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional. Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas”.

³ En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en la sentencia del 23 de octubre de 2008, dictada dentro del expediente No. 08001-23-31-000-2001-00881-01 (730-07), con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve.

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”⁴.

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.**

Así, y toda vez que los principios de autonomía e independencia judicial no pueden entenderse como una habilitación para que los jueces den cualquier interpretación a las normas aplicables al caso, “al punto de desconocer con ello su sujeción a los mandatos superiores”⁵, se impone resaltar los límites que deben ser respetados en ejercicio de la discrecionalidad que conlleva el ejercicio de su función. En este orden, debe destacar la Sala, como ha sido señalado por la jurisprudencia constitucional”

⁴ Sentencia T-125 de 2012. En sentido análogo, véase la sentencia SU-539 de 2012.

⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-539 de 2012.

Resulta claro entonces, que al ser la propia Corte Constitucional, la que decidió declarar exequible la expresión “del orden nacional” inserta en el Decreto 1042 de 1978, que se venía inaplicando, no se requiere de mayores razonamientos para concluir que lo procedente es entender que el régimen salarial establecido por el Decreto 1042 de 1978, dentro del cual figuran como factores salariales la prima de servicios, son de aplicación exclusiva de los empleados del orden nacional y por modo alguno de los empleados del orden territorial, tal como lo pretende la convocante en el presente asunto.

Por otra parte, el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, Magistrada Ponente: Yolanda Obando Montes, en sentencia del nueve (9) de junio de dos mil catorce (2014), teniendo en cuenta lo señalado en la Sentencia C- 402 de 2013 y la diferenciación entre régimen salarial y prestacional, negó el reconocimiento de la prima de servicios y la bonificación por servicios a un empleado público del orden territorial, por las siguientes consideraciones:

“...Así las cosas, toda vez que es procedente que se establezca una diferencia de regímenes entre los empleados públicos del nivel territorial y nacional, de conformidad con la autonomía que ha sido reconocida por la Constitucional Política, se puede decir entonces que no existe violación del derecho a la igualdad pues no hay dentro del ordenamiento jurídico una norma uniforme frente al régimen salarial que permita establecer una comparación entre los regímenes salariales de dos servidores públicos de diferentes niveles...

Se concluye entonces, que los empleados públicos del orden territorial, si bien gozan del mismo régimen de prestaciones sociales estipulado para los empleados del orden nacional, no gozan del mismo régimen salarial; por lo que se hace procedente la diferenciación de regímenes entre dichos empleados de conformidad con el principio de autonomía territorial. Así las cosas, si se parte de la base que lo reclamado por el actor, esto es, la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados no hacen parte de las prestaciones sociales de los empleados municipales, como es el caso del demandante, lo procedente es no acceder a su reconocimiento...”

Así las cosas, revisados los documentos que se anexaron como pruebas (folios 24 a 60), se advierte que el señor JOSE FERNANDO GOMEZ BERRIO no reúne las condiciones necesarias para obtener el reconocimiento de la prima de servicios y bonificación por servicios prestados, debido a su **condición de empleado público del orden territorial** y no del orden nacional, además por el carácter del factor salarial de dicha prima, lo que al tenor literal de la norma, impide que se apruebe el reconocimiento que ha realizado la entidad frente a lo solicitado por el convocante.

Es por lo anterior que se acogerá el precedente constitucional y se dará plena aplicación a lo decidido por la Corte Constitucional, en la sentencia que quedó referida, razón por la cual **se procederá a improbar la conciliación prejudicial de la referencia.**

Los argumentos anteriores permiten concluir además que la aprobación del acuerdo logrado afectaría el patrimonio de la nación, en tanto se comprometen los recursos del erario público en el reconocimiento y extensión de derechos y beneficios cuyo fundamento jurídico no es claro ni suficiente.

Por último, debe advertir el Despacho que en el acta de conciliación la entidad convocada indicó que se obligaba a “ *continuar pagando la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados hacia futuro...*” lo que constituye una conciliación sobre obligaciones o derechos futuros que no tiene fundamento alguno, en tanto no existe certeza de ellos y no es la conciliación la vía idónea para reconocer o crear estos derechos o beneficios prestacionales, pues no existe en ésta una oportunidad suficiente para debatir jurídica y probatoriamente el derecho a los mismos.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN**

RESUELVE

PRIMERO:- IMPROBAR la conciliación prejudicial celebrada ante la Procuraduría 222 Judicial II para Asuntos Administrativos, entre el señor **JOSE FERNANDO GOMEZ BERRIO** y **LA CONTRALORIA GENERAL DE MEDELLIN**, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO:- SE DISPONE la **devolución de los anexos a la parte interesada**, sin necesidad de desglose.

TERCERO:- En firme la presente providencia, **ARCHÍVESE** la actuación.

NOTIFÍQUESE

FRANCY ELENA RAMÍREZ HENAO
JUEZ

Jjes

NOTIFICACIÓN POR ESTADO
JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

CERTIFICO: En la fecha se notificó por ESTADO el auto anterior.

Medellín, _____. Fijado a las 8 a.m.

Secretaria

