República de Colombia

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Dieciséis (16) de febrero de dos mil quince (2015)

OBJETO:

De la **Procuraduria II Judicial 163 en lo Administrativo de Ibagué**, ha sido enviada para su revisión la CONCILIACION PREJUDICIAL llevada a cabo, entre el señor OSCAR MAURICIO SERNA REYES a través de apoderado judicial, y el MUNICIPIO DE SAN SEBASTIAN DE MARIQUITA. Procede el Despacho a pronunciarse respecto de la misma en los términos que a continuación se consignan.

HECHOS:

El fundamento fáctico sustancial del acuerdo conciliatorio, es el siguiente:

"PRIMERO: Mi mandante señor (a) ***Oscar Mauricio Serna Reyes*** *fue vinculado (a) a la administración municipal el 1 de Diciembre de 2010 mediante decreto de nombramiento No 095 de 30 de noviembre de esa anualidad y acto de posesión N o. 44.*

SEGUNDO: El decreto 1042 de 1978, en sus artículo 45 y siguientes estableció el reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados, a los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional.

TERCERO: El 27 de agosto de 2002 expidió el decreto 1919, concediendo a 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 Contratarias 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, el mismo régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden.

CUARTO: Dentro de las prestaciones sociales señaladas para los Empleados Públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional, se encuentra la Bonificación por servicios Prestados.

QUINTO: De la lectura del artículo primero 1919 de 2002, se infiere que para los empleados públicos del orden municipal les será aplicable el régimen de prestaciones sociales señalado para los servidores públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional.

SEXTO: De conformidad con lo anterior, debe reconocerse a mi poderdante la bonificación reclamada, en la condición de ente nominador que ustedes tienen como municipio certificado, no ofrece discusión alguna a la luz del desarrollo normativo ya establecido.

SEPTIMO: ahora, para liquidar esta bonificación por servicios, se debe actuar de conformidad con el artículo 46 del Decreto 1042 de 1978, que establece que se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial, en cuantía del 25% de la asignación básica señalada en la ley en el cargo que ocupe el funcionario en la fecha en que se cause el derecho a percibirla.

OCTAVO: así mismo, el artículo 47 del decreto 1042 de 1978, establece que se reconocerá a los funcionarios que se encuentren prestando sus servicios a partir de la fecha de expedición del mismo, esto es 07 de junio de 1978; y para los funcionarios que con posterioridad ingresen a prestar sus servicios desde la fecha de su posesión.

NOVENO: Conforme al artículo 48 ibidem, la bonificación se pagará dentro de los veinte (20) días que sigan a la fecha en que se haya causado el derecho a percibirla.

DECIMO: por vulneración del derecho a la igualdad, mi representado solicitó el reconocimiento y pago de la BONIFICACION POR SERVICIOS PRESTADOS.

DECIMO PRIMERO: EL MUNICIPIO DE SAN SEBASTIAN DE MARIQUITA resolvió negativamente mediante oficio 07588 de fecha 29 de septiembre de 2014 la petición presentada, por lo que me permito solicitar la realización de CONCILIACION PREJUDICIAL, con el objeto principal de llegar a acuerdos con la entidad, antes de incoar el medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO del mencionado acto administrativo, para cumplir con el requisito de procedibilidad."

De conformidad a los anteriores planteamientos facticos, la parte convocante, solicita:

PRETENSIONES:

"PRIMERO: Que se declare la Nulidad del oficio 07588 de fecha 29 de Septiembre de 2014, expedido por la convocada, en el que se niega el reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se proceda a ordenar a la entidad convocada, al reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados de mi mandante Óscar Mauricio Serna Reyes, así como los ajustes al valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en los dineros adeudados, y demás emolumentos causados desde el momento en que se originó la prestación, de conformidad con el artículo 178 del C.C.A., tomando como base la variación del índice de precios al consumidor (I.P.C.). Hasta que se materialice el pago de lo debido.

TERCERO: En caso de que no se logre un acuerdo conciliatorio, esta parte procederé a incoar el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho del acto administrativo contenido en el oficio 07588 de fecha 29 de septiembre de 2014, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados, contra el MUNICIPIO DE SAN SEBASTIAN DE MARIQUITA."

TRÁMITE

En audiencia celebrada el día 4 de diciembre de 2014, se reunieron en el despacho de la señora Procurador Judicial II en lo Administrativo 163, los apoderados judiciales del convocante y la entidad convocada, y llegaron al siguiente acuerdo conciliatorio (fl 63 a 64):

(...) se le concede el uso de la palabra a la apoderada de la parte convocada la Doctora DIANA LUCERO SANCHEZ BARRERA quien manifiesta: De acuerdo a la decisión tomada por el comité de conciliación el 14 de Noviembre de 2014, la entidad que represento, presenta la siguiente formula de arreglo: Reconocer al convocante la bonificación de servicios prestados correspondiente a la vigencia del 01 de Diciembre de 2010 al 30 de Noviembre de 2014, por valor total de DOS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS DIESISEIS M/CTE ($2.957.916) de acuerdo a la certificación de fecha 02 de Diciembre de 2014, expedida por la sub secretaria general administrativa del Municipio, Los cuales serán pagados dentro de los diez (10) dias hábiles siguientes a la ejecutoria del auto que apruebe el presente acuerdo, en un solo contado, que se realizara mediante cheque o por transferencia electrónica de acuerdo a lo que manifieste el convocante. Me permito aportar en siete (7) folios, el acta del comité mencionada y la certificación. En este estado de la diligencia se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte convocante quien expresa: De conformidad a lo manifestado por la parte convocada se decide aceptar la propuesta presentada en los términos expuestos. Aporto el acta de posesión, el Decreto del nombramiento y certificación de tiempo de servicios y haberes devengados por el convocante en cuatro (4) folios. Por la señora Procuradora: Observa este Ministerio que si bien es cierto existe voluntad de las partes para conciliar dicho acuerdo debe estar enmarcado dentro del orden legal y para el caso que nos asiste este acuerdo no está soportado sobre normas sustantivas alguna toda vez que el Decreto 1042 de 1978 no la contemplo así. La prima de servicios y bonificación por servicios prestados como factor salarial venia siendo reconocida por los juzgados Administrativo, y por el Tribunal Administrativo, pero por Tutela que desato el Honorable Consejo de Estado, decidió ordenar que se negaran estas prestaciones y factores salariales teniendo en cuenta que el Decreto 1042 de 1978 solo cobijaba a los empleados públicos del orden Nacional y estos son empleados del orden Territorial, posición confirmada por sentencia unificada de la Corte Constitucional al revisar la legalidad y constitucionalidad de ese Decreto al concluir que efectivamente la norma tenia alcance para solo los empleados de orden Nacional. No obstante lo anterior se dispondrá el envio de la presente acta, junto con los documentos pertinentes, al Juez Administrativo de Ibagué Reparto para efectos de control de legalidad."

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Mediante Ley 640 de 2001, se modificaron las normas relativas a la conciliación como medio alternativo de solución de conflictos, estableciendo como materia conciliable en su artículo 19, todo aquello susceptible de transacción, desistimiento y conciliación y

radicando la competencia para su celebración en los conciliadores de los centros de conciliación, los servidores públicos facultados para ello y los notarios.

Por su parte, de conformidad con lo estipulado en el artículo 23 y 24 ibídem, la conciliación extrajudicial en materia de lo contencioso administrativo, sólo podrá ser adelantada ante los agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción, quienes una vez aprobada la conciliación deben remitirla al juez o corporación competente para conocer de la acción judicial respectiva, a efecto de que imparta su aprobación o improbación.

De igual forma, en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, por medio del cual se modificó la Ley 270 de 2006, Estatutaria de la Administración de Justicia, se incluyó como nueva disposición, el artículo 42 A que estipula que a partir de la vigencia de dicha ley[1], cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad para las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.

Dicho artículo fue desarrollado por el Decreto 1716 de 2009, el cual contempla en su artículo 2°, que es susceptible de conciliar, total o parcialmente, por las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan, excluyendo de dicho trámite, por no ser susceptibles de esta fórmula alternativa de solución de conflictos, los asuntos que versen sobre controversias de carácter tributario, los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 y los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado. Se debe que a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el término acciones, fue sustituido por el de medios de control, estableciendo como tales los de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Reparación Directa y de Controversias Contractuales, en los artículos 138, 140 y 141 ibídem.

Respecto a los requisitos que debe cumplir el acuerdo conciliatorio, debe advertirse que, de conformidad con el artículo 70 de la ley 446 de 1998, el juez, para aprobar el acuerdo, debe verificar el cumplimiento de los siguientes postulados:

1. ***La representación de las partes y la capacidad de sus representantes para conciliar.***
2. ***La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.***
3. ***Que no se hubiere configurado el fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción.***

[1] 22 de enero de 2009.

4. ***Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley, o no resulte lesivo para el patrimonio público (artículo 65 A de la Ley 23 de 1991 y artículo 73 de la Ley 446 de 1998).***

Cabe advertir que el artículo 613 de la Ley 1564 de 12 de Julio 2012 estableció un nuevo requisito para las conciliaciones prejudiciales en materia contenciosa administrativa, al establecer lo siguiente:

> ***"Artículo 613.*** *Audiencia de conciliación extrajudicial en los asuntos contencioso administrativos. Cuando se solicite conciliación extrajudicial, el peticionario deberá acreditar la entrega de copia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación, en los mismos términos previstos para el convocado, con el fin de que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado resuelva sobre su intervención o no en el Comité de Conciliación de la entidad convocada, así como en la audiencia de conciliación correspondiente. (Subraya el Despacho)*

Ahora bien, en el presente proceso, efectivamente dentro del respectivo trámite fue vinculada la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, tal como se aprecia a folio 21 del expediente.

Determinado lo anterior, y siguiendo con la verificación de los requisitos enunciados anteriormente para que proceda la aprobación del acuerdo conciliatorio, debe recalcarse que su anuencia depende de las pruebas que lo sustentan, toda vez que el juez, debe llegar a la plena convicción de su fundamentación jurídica, por lo que se procede a realizar el resumen del material probatorio aportado al expediente:

1. Escrito de Conciliación Prejudicial, con su respectivo poder y soportes (fls 1 a 4)
2. Poder otorgado por el convocante (fl 5 a 8)
3. Respuesta a petición elevada por el demandante de fecha 29 de septiembre de 2014, expedida por la Secretaría General Administrativa de Mariquita (fls 9 a 19)
4. Acta de posesión, decreto de nombramiento y certificación laboral del convocante (fls 46 a 49)
5. Poder otorgado por el alcalde Municipal del ente convocado con sus respectivos soportes (fls 50 a 55)
6. Acta de comité de conciliación del Municipio de Mariquita y certificación respecto a la autorización de conciliar el presente asunto (fls 56 a 62)

La obligación cuyo pago se compromete a asumir la entidad convocada, es por valor de $ 2.957.916 correspondientes a las bonificaciones por servicios prestados del demandante causadas desde 1 de diciembre de 2010 al 30 de noviembre de 2014.

Establecido lo anterior, procede el despacho a revisar si se cumplen a cabalidad los requisitos enunciados anteriormente, para proceder a improbar o aprobar, según el caso, el acuerdo conciliatorio que se revisa.

1. ***LA REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES Y LA CAPACIDAD DE SUS REPRESENTANTES PARA CONCILIAR.***

Respecto al primero de los requisitos anotados, que hace referencia a la representación de las partes y la capacidad de sus representantes para conciliar, tenemos que el mismo se encuentra acreditado toda vez que, a folio 5 del expediente, se aprecia el poder conferido por el convocante a la Dra. EMA ISABEL ESCOBAR ARIAS, a quien le fue otorgada expresamente la facultad de **conciliar**.

Por su parte, el Municipio de Mariquita, asistió a la audiencia de conciliación, a través de la Dra. DIANA LUCERO SANCHEZ BARRERA, a quien le fue otorgada la facultada de conciliar a nombre de dicha entidad (fl 50), previo concepto favorable del Comité de Conciliación de la entidad, el cual mediante reunión celebrada el 14 de noviembre de 2014 decidió conciliar el presente asunto, cumpliéndose así a cabalidad el primero de los requisitos exigidos (fl 56 a 61)

2. LA DISPONIBILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS ENUNCIADOS POR LAS PARTES.

A juicio del despacho, el presente requisito se satisface a cabalidad, toda vez que se debaten derechos de carácter particular y concreto, ya que la conciliación está encaminada al reconocimiento y pago de los dineros que presuntamente se adeudan a la parte convocante, con ocasión de la bonificación por servicios adeudada y causada desde el 1 de noviembre de 2010 a 30 de noviembre de 2014, situación que pone de presente el cumplimiento del presente requisito.

3. QUE NO SE HUBIERE CONFIGURADO EL FENÓMENO JURÍDICO PROCESAL DE LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL.

Como quiera que lo pretendido en el sub-lite, es el pago de los dineros presuntamente adeudados con ocasión de la bonificación por servicios causados al demandante desde su vinculación en el año 2010 hasta el 30 de noviembre de 2014, y7 el acto administrativo que le negó dicho reconocimiento al convocante es de fecha 29 de septiembre de 2014, el despacho concluye que no se puede hablar de caducidad del medio de control, como quiera que la acción procedente, a efectos de perseguir el pago de los dineros adeudados sería la de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, la cual **conforme al literal d) del numeral 2º artículo 164 del CPACA**, caduca a los cuatro meses contados a la notificación del acto administrativo, razón por la cual el presente requisito se satisface a plenitud.

4. QUE EL ACUERDO CONCILIATORIO CUENTE CON LAS PRUEBAS NECESARIAS, NO SEA VIOLATORIO DE LA LEY O NO RESULTE LESIVO PARA EL PATRIMONIO PÚBLICO (ARTÍCULO 65 A DE LA LEY 23 DE 1991 Y ARTÍCULO 73 DE LA LEY 446 DE 1998).

En el acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes se suscribe al reconocimiento y pago de la Bonificación por Servicios causada desde el año 2010 a favor del señor OSCAR MAURICIO SERNA REYES, con fundamento en el Decreto 1919 de 2002, 1042 de 1978 y en aplicación del Derecho a la igualdad.

Ahora bien, para el Despacho resulta procedente determinar si efectivamente el peticionario, vinculado desde el año 2010 como EMPLEADO de la planta de

empleados públicos del Municipio de Mariquita, es acreedor del reconocimiento y pago de la referida Bonificación por Servicios.

DE LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS A LA NACIÓN.

La bonificación por servicios prestados fue creada para los empleados públicos que desempeñan las distintas categorías de empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del Orden Nacional, por el Decreto 710 de 1978, dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno por la Ley 5ª del referido año.

Esta bonificación fue creada como independiente de la asignación básica y no es acumulable para ningún efecto legal, debiendo ser reconocida y cancelada al empleado público una vez cumpliera dos años continuos de servicios en una misma entidad oficial y en una cuantía equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica señalada por la ley para el empleo ejercido en la fecha en que se causare el derecho.

En el artículo 42 de la referida norma, se incluyó la bonificación por servicios prestados, así como la prima técnica y la prima de servicio, creadas también por la misma norma, *como factores de salario,* para los mismos beneficiarios.

El Decreto 1042 de 1978 subrogó en su totalidad el Decreto 718 de 1978; no obstante en su artículo 45, la estipuló de la siguiente manera:

> *Artículo 45º.- De la bonificación por servicios prestados. A partir de la expedición de este Decreto, crease una bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el artículo 1º.*
>
> *Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial.*
>
> *Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo a otro de los enumerados en el artículo 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.*

Igualmente, el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 enmarca esta bonificación como factor de salario:

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

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

En este orden de ideas, conforme a la normatividad referida, la citada bonificación por servicios prestados debe reconocerse al empleado que cumpla un año continuo de labores en una misma entidad del orden nacional, de las establecidas en el artículo 1 del Decreto 1042 de 1978, estipulándose como factor de salario, junto a los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, la prima de servicio y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.

Finalmente, ha de recalcarse que el Gobierno Nacional ha hecho extensiva la referida bonificación por servicios a otros servidores públicos del orden nacional, que se desempeñan en *Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado del orden nacional, Procuraduría General de la Nación, Defensoria del Pueblo y Rama judicial del Poder Público*[2], entre otras.

DE LA EXPEDICION DEL DECRETO 1919 DE 2002

De conformidad en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política de 1991, el Congreso Nacional es el único facultado para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso nacional y de la Fuerza Pública y para regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales, de conformidad con los objetivos y criterios señalados en la ley.

El Congreso Nacional, en desarrollo de lo anterior, expidió la Ley 4ª de 1992, mediante la cual señaló las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre los que se encuentran los de los niveles departamental, distrital y municipal y de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales, consagrando en el artículo 12 que no podrán las Corporaciones Públicas territoriales arrogarse esta facultad.

Establecido lo anterior, y continuando con el desarrollo del problema jurídico planteado, es pertinente traer a colación lo establecido por el Decreto 1919 de 2002, expedido por el Gobierno Nacional, en desarrollo de las facultades otorgadas aducidas, que fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial, el cual en su artículo 1º preceptúa:

[2] Ver entre otros Decreto 247 de 1997, Decreto 1210 de 1997, Decreto 4150 de 2004.

> ***"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. (Resalta el Despacho)*
>
> *Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas."*

En síntesis, a partir de la expedición del decreto 1919 de 2002, el Gobierno Nacional otorgó a los empleados del orden territorial, ***el mismo régimen de prestaciones sociales*** *señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional, haciendo énfasis en que tales prestaciones serán liquidadas con base en los respectivos factores salariales establecidos para dichas entidades.*

Una vez hechas las anteriores precisiones, procede el despacho a analizar, la naturaleza jurídica de la Bonificación por servicios, para establecer si la misma es una prestación social, y por ende, si los empleados del orden territorial tienen derecho a percibirla, en aplicación de lo establecido en el decreto 1919 de 2002, tal como lo afirma la parte demandante.

NATURALEZA SALARIAL O PRESTACIONAL DE LA BONIFICACION POR SERVICIOS

Como primera medida cabe recalcar que el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, define el ***SALARIO***, como todas aquellas sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, es decir, el mismo retribuye directamente el servicio que presta el empleado.

Por su parte, cuando se habla de ***PRESTACIONES SOCIALES,*** se alude a las que han sido creadas por el Legislador para cubrir los riesgos o contingencias a los cuales se puede ver expuesto el empleado en el cumplimiento de sus labores.

Se debe advertir que, jurisprudencialmente se ha determinado que el elemento de temporalidad no incide en absoluto para diferenciar si lo devengado se puede catalogar como prestación social o salario, sino que debe observarse el fin con el que se crea, si es un fin retributivo del servicio, o por el contrario, con el mismo se pretende cubrir una contingencia.

La Sala de Consulta y Servicio Civil, del Honorable Consejo de Estado, mediante concepto radicado con el número 1518 de 11 de septiembre de 2003, estableció respecto a la definición de salario lo siguiente:

"1.1.1. Salario y prestación social

{…} Esta Sala en concepto No. 839/96, hizo énfasis en el concepto de salario para el sector público, en los siguientes términos:

"Desde la expedición de la Ley 83 de 1931, se llama sueldo el pago de los servicios de los empleados públicos, el cual debe hacerse por períodos iguales vencidos y sin que sobrepase el mes calendario; se acepta como una noción restringida que coincide con la asignación básica fijada por la ley para los diversos cargos de la administración pública. ***El salario, en cambio, es una noción amplia que para el sector público comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado*** *como retribución por sus servicios, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones, gastos de representación, etc., 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 (Decreto - ley 1042 de 1978, art. 42). Este concepto, aplicable a la relación legal y reglamentaria, propia del vínculo del servidor público, guarda similitud sustancial con la noción aplicable a las relaciones laborales de carácter privado cuando el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo dice que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que adopte. Lo cual permite afirmar que salario es la remuneración ordinaria o contraprestación directa de los servicios prestados por el servidor o trabajador, en una relación laboral de índole legal, reglamentaria o contractual". (Negrilla fuera del texto original).*

El Decreto ley No. 1042 de 1978, en su artículo 42 de manera expresa define el salario, en los siguientes términos:

"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: {…}

En concordancia con lo anterior, en concepto reciente No. 1393 del 18 de julio de 2002, esta Sala con el fin de precisar el alcance de los términos salario y factor salarial, contenidos en la disposición citada, expuso:

"El ***salario***[3] *"... aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador¿"*[4]*. En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo (subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino* ***todo lo que recibe el trabajador*** *en dinero o en especie* ***como contraprestación directa del servicio****, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones." En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que "además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes*

**Por medida Graciable,* *a favor de personas en caso de involuntaria e insuperable necesidad, por desgracias individuales o colectivas que mueven recursos de beneficencia pública y de asistencia social…"*

Cabe recalcar igualmente que el artículo 5º del Decreto 1045 de 1978, establece como prestaciones sociales textualmente las siguientes:

*"**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.

A partir de la definición legal de la bonificación por servicios y de las características generales aducidas jurisprudencialmente se puede concluir respecto a la bonificación de servicios lo siguiente[3] :

- Constituye una contraprestación por el servicio
- Tienen derecho a ella los empleados públicos del orden nacional,
- Se causa cada vez que el empleado cumple un (1) año de servicio continuo, sin que sea acumulable para ningún efecto legal
- Su cuantía es equivalente al 50% del valor conjunto del sueldo, de los incrementos por antigüedad y de los gastos de representación si los hubiere, siempre que no exceda el tope vigente, pues si lo excediere será del 35%;
- Deberá pagarse dentro de los veinte días siguientes a su causación y es independiente de la asignación básica
- Constituye factor salarial que deberá tenerse en cuenta para la liquidación de cesantías, vacaciones, prima de navidad, prima de servicios

Las anteriores conclusiones llevan a concluir, sin equivocación alguna que la ***BONIFICACION POR SERVICIOS PRESTADOS*** constituye salario, ya que **representa una remuneración directa cancelada por la prestación continúa del servicio.**

En síntesis, y al constituir dicha remuneración salario, no puede afirmarse como lo hace la parte convocante que los empleados del orden territorial, tienen derecho a percibirla, ya que el Decreto 1919 de 2002, otorgó a los empleados del orden territorial,

[3] Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejo de Estado, concepto de 21 de junio de 1996, Radiación número: 839

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.***"[5]

{….}

Según el artículo 42 ibídem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador : la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión. " (subraya el Despacho)

Igualmente, nuestra Honorable Corte Constitucional definió mediante Sentencia No. C-108 de 1994, lo que ha de entenderse por prestación social, diciendo:

"En el régimen laboral colombiano por ***"prestaciones sociales"*** *se entienden los pagos que el empleador hace al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, con el fin de cubrir los riesgos o necesidades de este que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Se diferencian de los salarios en que no retribuyen directamente los servicios prestados y de las indemnizaciones en que no reparan perjuicios causados por el empleador.*

En cuanto a su origen, las prestaciones pueden ser creadas por ministerio de la ley, o pactadas en convenciones y pactos colectivos o en el contrato de trabajo, o establecidas en los reglamentos de trabajo, en fallos arbitrales, o en cualquier otro acto unilateral del empleador.

{….}

Por su parte, el Código Sustantivo del Trabajo clasifica las prestaciones sociales a cargo del empleador en "comunes" y "especiales" según estén a cargo de todo patrono o empresa independientemente de su capital; o de patronos específicos, teniendo en cuenta su capacidad económica.

En dinero o especie, las prestaciones sociales tienden hacia los siguientes fines:

****Resarcir Riesgos:** Se concede la indemnización prevista, por lo general adaptada al siniestro o perjuicio y a las contribuciones efectuadas, con sujeción a escalas y establecimiento de límites máximos. Se trata de compensar la falta de ingresos que el riesgo haya determinado.*

****Atender Cargas Familiares:** Se denominan asignaciones, subvenciones, subsidios o salario familiar. Se originan por el número de hijos, la nupcialidad, la maternidad y la escolaridad.*

****La Subsistencia de las clases pasivas** a favor del que ha dejado de trabajar por haber alcanzado el número de años de vida y de servicios para tener derecho a esta percepción, que recibe los nombres de jubilación o retiro; o bien por un vínculo personal y económico inmediato con un trabajador en activo, jubilado o retirado y que se denomina pensión.*

el mismo régimen ***de prestaciones sociales, más no salariales,*** *señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.*

No obstante a lo anterior, y pese a que para el Despacho, es claro que el decreto 1919 de 2002, no unificó el derecho a percibir los mismos factores constitutivos de salario para los empleados del orden territorial, en relación con los del orden Nacional, alega la parte convocante que, en aplicación del principio de igualdad, estipulado en el artículo 13 de la Constitución Política, se debe reconocer el pago de la referida Bonificación de Servicios Prestados, instituida por el Decreto 1042 de 1998.

DE LA VIOLACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD.

La parte convocante aduce que en cumplimiento del derecho fundamental a la igualdad, se hace extensivo el pago de la Bonificación por servicios prestados, a los empleados del orden territorial

De acuerdo a lo anterior, el Despacho procede a realizar el estudio del derecho mencionado.

De conformidad con la innumerable jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional el derecho a la igualdad, estipulado en el artículo 13 de la Constitución, "*exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya por las circunstancias particulares que los afectan*"[4]. Por lo que debe propenderse en buscar una igualdad real y no meramente formal.

Ahora bien, cabe resaltar que nuestro máximo órgano constitucional, en providencia de fecha 3 de julio de 2013, dictada bajo el radicado número C-402, determino que la expresión del orden nacional contenida en el artículo 1 del Decreto 1042 de 1878, no es violatoria del principio de igualdad, y por consiguiente darle la aplicación que pretende la parte demandante, estaría en contravía de lo ya definido por nuestro máximo órgano constitucional.

En la citada providencia se preceptuó, entre otras cosas lo siguiente:

> *"(...)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.*
> *{....}*

[4] Corte Constitucional, Sentencia C-094 de 1993.

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 1° previó lo siguiente:

*"**Artículo 1°.** De conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de noventa días, contados a partir de la vigencia de la presente Ley, para los siguientes efectos:*

1. Fijar, con efectividad al primero (1o.) de enero de 1978, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de:

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

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

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

En conclusión, y como quiera que fue la misma Corte Constitucional la que establece que los empleados del nivel territorial en materia salarial, gozan de un régimen propio y diferenciado, amparado en normas especiales pero sujeto a los parámetros establecidos por el Congreso y el Gobierno nacional, resulta inviable la aplicación por extensión de regímenes salariales dispuestos por el legislador para otro grupo de servidores públicos, como lo pretende la accionante. En conclusión, para el despacho el que los empleados del orden territorial no devenguen la Bonificación por servicios prestados no vulnera su derecho a la igualdad, lo que lleva a improbar el acuerdo conciliatorio, por no tener sustento legal alguno, y ser lesivo al patrimonio público.

En virtud de lo anterior, el Juzgado Cuarto Administrativo del circuito de Ibagué,

RESUELVE:

PRIMERO: IMPROBAR el acuerdo conciliatorio suscrito entre el señor OSCAR MAURICIO SERNA REYES a través de apoderado judicial, y el MUNICIPIO DE MARIQUITA, ante la procuradora Judicial II en lo Administrativo 163.

SEGUNDO: Una vez ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE Y NOTIFIQUESE

ANGEL IGNACIO ALVAREZ SILVA
Juez