



Libertad y Orden

República de Colombia
Rama Judicial
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DE CIRCUITO DE
SINCELEJO SUCRE

Sincelejo, dieciocho (18) de noviembre de dos mil trece (2013).

Expediente número: 70001 33 33 001 **2013 00249 00**
Convocante: MARA LUZ HERNANDEZ MERCADO
Convocado: INSTITUTO MUNICIPAL PARA EL DEPORTE Y LA RECREACIÓN DE
SINCELEJO
Asunto: CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

1. ANTECEDENTES

Mediante solicitud dirigida a la Procuraduría 164 Judicial II para Asuntos Administrativos, la abogada Ingrid María Yepes Carpintero, identificada con la cédula de ciudadanía N° 64.699.904 y T.P. N° 175.693 del C.S. de la J., actuando como apoderada de la señora **MARA LUZ HERNANDEZ MERCADO**, solicita se convoque a Conciliación Extrajudicial, al Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Sincelejo, con el objeto de que se le reconozca y pague la suma de cuatro millones noventa y un mil quinientos seis pesos m.l.c. (\$ 4.091.506.00), por conceptos, tales como prima de servicios y bonificación por servicios prestados.

Mediante auto de fecha 9 de agosto de 2013, el Agente del Ministerio Público fijó como fecha para la celebración de la audiencia de conciliación, el día 5 de septiembre de 2013 a las 09:00 A.M., siendo aplazada para el día 23 de octubre de 2013 a las 09:00 A.M.

El día 23 de octubre de 2013, se hicieron presentes en el despacho del señor Procurador las siguientes personas: la abogada Ingrid María Yepes Carpintero, identificada con la cédula de ciudadanía N° 64.699.904 y T.P. N° 175.693 del C.S. de la J., actuando como apoderada de la señora **MARA LUZ HERNANDEZ MERCADO**, parte convocante; y el abogado Fulgencio Pérez Díaz, identificado con la cédula de ciudadanía N° 92.497.039 y T.P. N° 55.851 del C.S. de la J., en calidad de apoderado del Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Sincelejo "IMDER", parte convocada.

En desarrollo de la diligencia se estableció:

“...En este estado de la diligencia se le concede el uso de la palabra a la parte convocante quien manifiesta las siguientes pretensiones: Que se reconozca y decrete la Nulidad del Acto Administrativo contenido en el Oficio de fecha junio 13 de 2013, recibido el 14 de junio de 2013, acto administrativo expedido por el IMDER – SINCELEJO con ocasión a la actuación administrativa iniciada el 22 de mayo de 2013. Que a título de restablecimiento del derecho de la entidad citada representado legalmente por su gerente Dr. Alexander Luis Peña Coronado o quien haga sus veces, reconozcan y cancelen a mi poderdante por los conceptos: el pago de las prestaciones sociales a que tenía derecho, prestaciones esas que no han sido cancelados por la entidad, tales como PRIMA DE SERVICIOS Y BONIFICACION POR SERVICIOS PRESTADOS, de conformidad con las disposiciones legales establecidas en el decreto nacional 1042 de 1978, decreto 1919 de 2002 y demás disposiciones legales que regulan estos factores salariales. Que se repare íntegramente el daño padecido por mi poderdante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 446 de 1998 y por ende que se sigan reconociendo estas prestaciones en los años posteriores y hasta tanto estuviere vigente la relación laboral del actor con la entidad. Que se le reconozcan a mis poderdantes los intereses moratorios o en su defecto la indexación laboral. Por una cuantía estimada en **\$4.091.506,7.**

Acto seguido se le concede el uso de la palabra a la parte convocada para que se pronuncie acerca de las pretensiones hechas por el convocante: La entidad convocada, a través de resolución 304 del 26 de septiembre de 2013 conformada el Comité de Conciliación al interior del IMDER Sincelejo. Dentro de sus integrantes, aparte del Gerente del Instituto, se encuentra el Tesorero General y los siguientes Profesionales Universitarios con funciones de planeación, presupuesto y contabilidad. Estos tres integrantes remitieron a la dirección del Instituto un oficio en el sentido de que se declarara el impedimento de ellos para la formulación de mecanismo de arreglo directo o de conciliación, por cuanto ellos igualmente están formulando como pretensión de reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados y la prima de servicios. Ante esta situación el Gerente va a expedir un acto administrativo en donde declara tales impedimentos y delega en su asesor jurídico externo la facultada (SIC) para la formulación, estudio, evaluación y fijación de las directrices, procedencia o improcedencia de la conciliación y solicita concepto jurídico. Este acto administrativo, a pesar de no haber sido formado por el gerente será incorporado a esta diligencia en un término no superior a tres días, sin embargo se establecieron en el concepto la formulación de conciliación de las pretensiones de los señores MAURICIO LEDEZMA SERNA, MARA LUZ HERNANDEZ MERCADO, ALFREDO DEL CRISTO PATERNINA PEREZ, NURIS TERESA BUELVAS DE RICARDO, en lo que tiene que ver como se dijo con la bonificación y la prima de servicio, que para el caso que ocupa la atención de esta Procuraduría se hará para el año 2010 de manera proporcional (SIC), a partir del día 22 de mayo de 2010, fecha en que se agotó la vía gubernativa; en lo que respecta al año 2011 dichas pretensiones se harán por todo el año completo, así como para el año 2012 y en lo que hace referencia al año 2013 se dispondrá proporcionalmente hasta el día 30 de junio de esa anualidad, sin reconocimiento de intereses ni sanciones ni agencias en derecho y se fijan los montos consolidados: Por bonificación por servicios prestados por los años arriba indicados para **MAURICIO**

LEDEZMA SERNA, la suma de \$2'063.051; para MARA LUZ HERNANDEZ MERCADO la suma de \$1.386.799 Para ALFREDO DEL CRISTO PATERNINA PEREZ, la suma de \$1.310.213; para NURIS TERESA BUELVAS DE RICARDO, la suma de \$1.065.966; por concepto consolidado por prima de servicios los siguientes valores: para MAURICIO LEDEZMA SERNA, la suma de \$2.847.963; para MARA LUZ HERNANDEZ MERCADO la suma de \$1.740.165, Para ALFREDO DEL CRISTO PATERNINA PEREZ, la suma de \$1.476.009; para NURIS TERESA BUELVAS DE RICARDO, la suma de \$1.234.612. Los anteriores valores serán cancelados por el Instituto municipal para el deporte y la Recreación de Sincelejo, dentro de los cuatro meses siguientes a la aprobación del acta de conciliación que para tal efecto se suscriba, pues el instituto considera que para la elaboración y pago de esta acreencia se hace necesario incorporarla al presupuesto para la vigencia fiscal de 2014, valores que deben ser establecidos con base en la aprobación de dicha acta y la junta directiva que autoriza los presupuestos, se reunirá a finales de este año para direccionar todas las acreencias pendientes entre ellas la que hoy se concilia. Las anteriores cifras consolidadas fueron direccionadas y liquidadas por el Profesional Universitario con funciones de contabilidad, doctor Jairo Díaz de la Ossa. Aporto liquidaciones hechas por el funcionario en mención. La anterior formulación tiene como soporte legal los decretos 1042 de 1978 y el decreto 1919 de 2002, es importante indicar que quienes gozaban primeramente de dichas prestaciones eran empleados públicos de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional. Posteriormente el Consejo de Estado por vía jurisprudencial mediante sentencia de la sección segunda subseccion B del 16 de abril de 2009 Consejero ponente doctor Gerardo Arenas Monsalve Radicado no 6800123500020030264701, en aras de proteger el derecho a la igualdad inaplicó la expresión “de orden nacional” permitiendo que se hiciera extensiva dichas prestaciones a los funcionarios de entidades territoriales y a los entes descentralizados de todo orden, criterio jurisprudencia que también fue abordado por el Tribunal Administrativo de Sucre que mediante sentencia del 19 de julio de 2012, con ponencia del doctor Luis Carlos Álzate Ríos, expediente 2008-0084-01, también expuso su criterio frente a lo que se ventila en esta conciliación, en el entendido que los funcionarios o empleados que se vinculen a las entidades del sector descentralizados de los niveles distrital, departamental y municipal gozarán del régimen de prestaciones sociales previstos para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden Nacional y de acuerdo a los factores de liquidación para ellos establecidos. **Acto seguido se le concede el uso de la palabra a la parte convocante para que se pronuncie acerca de la solicitud de aplazamiento presentada por la parte convocada:** La parte que represento en esta diligencia acepta en todas sus partes la propuesta de conciliación presentada por el apoderado del Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Sincelejo. **CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO:** El Procurador Judicial en atención al antecedente jurisprudencial solicita la improbación del presente acuerdo, teniendo en cuenta los fundamentos de la Sentencia del Honorable Consejo de Estado donde el actor aduce dos argumentos específicos para fundamentar su pretensión: “ El primero, orientado a extender, en virtud del Decreto 1919 de 2002, la bonificación por servicios prestados a los empleados del orden territorial y el segundo, encauzado a obtener la inaplicación de la expresión “del orden

territorial” para eliminar, en su caso, la restricción de la bonificación. Siendo que la bonificación por servicios prestados es su beneficio salarial consagrado por el Decreto 1042 de 1978 únicamente 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, conforme a su artículo 1º. Se resalta que hacer extensivo el beneficio que fue restringido a los empleados del nivel nacional, implica un abierto desconocimiento de las disposiciones de orden constitucional y legal que regulan la competencia para fijar el régimen salarial de los Servidores territoriales. También se tiene como argumento que la bonificación que hoy se reclama no tiene el carácter de prestaciones sino salarial, conforme al decreto 1042 de 1978, por lo que no es posible aplicar a lo dispuesto en el Decreto 1919 de 2002, el cual extiende 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, es decir quedan excluidos de su ámbito de aplicación los factores salariales. También esta Agencia aplica al caso lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-402 de 2013 con ponencia del H. M. Luis Ernesto Vargas Silva, que declaró ajustada a derecho la expresión “del orden nacional” dispuesta en el Decreto 1042 de 1978, siendo así, cuando la norma haya sido declarará exequible, sólo se pondrá invocar la excepción de inconstitucionalidad por motivos distintos que no fueron analizados en la sentencia de la Corte Constitucional. Las razones anteriores llevan a esta Procuraduría a disentir del acuerdo logrado por las partes y solicita a su vez, su improbación en sede judicial. Aparte de lo expresado se señala que el acuerdo reúne los siguientes requisitos: (i) la eventual acción contenciosa que se ha podido llegar a presentar no caducado; (ii) el acuerdo conciliatorio versa sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes; (iii) las partes se encuentran debidamente representadas y sus representantes tienen la capacidad de conciliar; (iv) obran en el expediente las pruebas con que las partes justifican el acuerdo, estas son: derecho de petición, con el cual se inicia el agotamiento de la vía gubernativa, recibido en la entidad convocada el día 22/05/2013 (folios 8 a 13); Acto administrativo expedido por el IMDER Sincelejo, con fecha de notificación 14-06-2013 que se hace en el mismo documento (folio 14 y 16) y otros documentos aportados por la parte Convocante del día 30 de Agosto de 2013, tales como original de certificación expedida por la Profesional Universitario de gestión Humana del IMDER – Sincelejo de fecha 20 de agosto de 2013, copia autentica de la resolución de nombramiento, copia autentica de acta de posesión, cuadro que contiene asignaciones salariales y prestacionales de las vigencias 2010 a 2013, copia autentica del oficio de fecha 13 de junio de 2013 (folios 22 a 49). En consecuencia se dispondrá el envío de la presente acta, junto con los documentos pertinentes, al Juzgado Administrativo del Circuito de Sincelejo para efectos de control de legalidad, advirtiendo a los comparecientes que el auto que decida sobre la aprobación del acuerdo hará tránsito a cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo, razón por la cual no son procedentes nuevas peticiones conciliatorias por los mismos hechos ni demandas ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por las mismas causas...”

El Despacho estudiará la aprobación o improbación de la presente Conciliación Extrajudicial, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

Este Juzgado, en cumplimiento de lo establecido en las normas legales sobre conciliación, contenidas en la Ley 23 de 1991, Ley 446 de 1998 y Ley 640 de 2001, pasa a revisar el acuerdo conciliatorio de la referencia, a fin de determinar si procede o no su aprobación.

De haberse desatado un conflicto judicial entre las partes, sería de contenido patrimonial, y podría ser dilucidado ante esta Jurisdicción, a través del medio de control correspondiente, por lo que cumple con el requisito de procedibilidad de que habla el artículo 37 de la Ley 640 de 2001.

2.1. Conciliación extrajudicial efectuada

La conciliación extrajudicial que se trae ante este Despacho Judicial, celebrada el 23 de octubre de 2013 ante el Procurador 164 Judicial II para Asuntos Administrativos, lo es en relación con el reconocimiento y pago de unas prestaciones sociales correspondientes a la Prima de Servicio y Bonificación por Servicios Prestados solicitados por la señora **MARA LUZ HERNANDEZ MERCADO** al Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Sincelejo - IMDER, por la suma de CUATRO MILLONES NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS SEIS PESOS (\$4.091.506.00), de conformidad con las disposiciones legales establecidas en el decreto nacional 1042 de 1978, decreto 1919 de 2002 y demás disposiciones legales que regulan estos factores salariales.

Se concilió la suma de TRES MILLONES CIENTO VEINTISEIS MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS M.L.C. (\$ 3.126.964.00).

2.2. Consideraciones del Ministerio Público

El Delegado del Ministerio Público ante quien se surtió la presente conciliación extrajudicial no avaló el acuerdo al que llegaron las partes y solicitó a este

Despacho se impartiera improbación al mismo, puesto que considera que la bonificación por servicios prestados es un beneficio salarial consagrado por el Decreto 1042 de 1978 únicamente 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.

Agregó que, hacer extensivo el beneficio que fue restringido por el legislador a los empleados del nivel nacional, implica un abierto desconocimiento de las disposiciones de orden constitucional y legal que regulan la competencia para fijar el régimen salarial de los servidores territoriales.

Explicó que, la bonificación reclamada no tiene el carácter de prestación social sino salarial, conforme al decreto 1042 de 1978, por lo que no es posible aplicar lo dispuesto en el Decreto 1919 de 2002, el cual extiende 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, es decir, quedan excluidos de su ámbito de aplicación los factores salariales.

2.3. Requisitos para la aprobación de las conciliaciones extrajudiciales

La Conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, fue introducida en nuestra legislación por la Ley 23 de 1991, modificada por la Ley 446 de 1998, Decreto 1818 de 1998 y desarrollada por la Ley 640 de 2001; además, por la Ley 1285 de 2009 mediante la cual se reformó la Ley 270 de 1996. En los procesos contenciosos administrativos sólo es procedente en los conflictos de carácter particular y de contenido económico, es decir, aquellos que se tramiten en ejercicio de las acciones previstas en los artículos 138, 140 y 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En la Parte III, Título I, Capítulo 2, de la Ley 446 de 1998, se establecen las normas generales aplicables a la conciliación contenciosa administrativa, y en relación con los aspectos sustanciales necesarios para aprobar un acuerdo conciliatorio, el artículo 73 dispone:

*“Art. 73. Competencia. La Ley 23 de 1991 tendrá un artículo nuevo, así:
“Artículo 65 A. El auto que apruebe o impruebe el acuerdo conciliatorio
corresponde a la Sala, Sección o Subsección de que forme parte el
Magistrado que actúe como sustanciador; contra dicho auto procede
recurso de apelación en los asuntos de doble instancia y de reposición
en los de única.*

(...)

***La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no
se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea
violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público”***
(negrilla fuera de texto).

Estos requisitos han sido reiterados jurisprudencialmente en diversas ocasiones por el Consejo de Estado, tal como se observa en el siguiente extracto del auto del 15 de marzo de 2006¹:

“Los requisitos para la aprobación de una conciliación extrajudicial, están contenidos en el artículo 73 de la ley 446 de 1998 (que adicionó el artículo 65A a la ley 23 de 1991)², y se refieren a que

- *Se hayan presentado las pruebas necesarias para ello,*
- *No sea violatorio de la ley, y*
- *No resulte lesivo para el patrimonio público.*

Adicionalmente el artículo 59 de la ley 23 de 1991 establece:

- *Que las personas jurídicas de derecho público deben conciliar ‘a través de sus representantes legales’;*
- *Que verse sobre ‘conflictos de carácter particular y contenido patrimonial’*

Y la Ley 640 de 2001 dispone, expresamente, que en materia de lo contencioso administrativo el trámite conciliatorio, desde la misma presentación de la solicitud, debe hacerse por medio de abogado titulado quien deberá concurrir a las audiencias (par. 3° art. 1); y de la interpretación de su articulado se impone que debe hacerse ante conciliador o autoridad competente.

Esos supuestos fijados por la ley y estudiados por la jurisprudencia³ deben estar acreditados para que el acuerdo conciliatorio se apruebe.”

2.4. CASO CONCRETO

Revisado el expediente, se advierte que en el mismo se encuentran las siguientes pruebas:

- Derecho de petición con el cual se inicia el agotamiento de la vía gubernativa (fl.12-16)

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 15 de marzo de 2006. Rad. 25000-23-26-000-2004-00624-01(28086) Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ Actor: UNION TEMPORAL SOACHA CIUDAD LUZ Demandado: MUNICIPIO DE SOACHA

² La ley 640 de 2001 derogó únicamente el párrafo del artículo 65 A de la ley 23 de 1991.

³ Entre otros cabe citar los autos proferidos por la Sala el día 8 de abril de 1999 dentro del expediente 15.872, Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández; y el 5 de agosto de 1999 dentro del expediente 16.378, Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez.

- Respuesta el Derecho de Petición de fecha 13 de junio de 2013, suscrita por el Gerente del Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Sincelejo IMDER (fl.18-20)
- Certificación laboral y salarial de funcionarios del IMDER Sincelejo, entre los cuales se encuentra la señora Mara Luz Hernández Mercado (fl.45-63)
- Copia de la Resolución No. 336 de fecha 18 de octubre de 2013, mediante la cual se declara un impedimento de los integrantes del Comité de Conciliación del IMDER Sincelejo (fl.64-65)
- Concepto rendido por el Asesor Jurídico Externo del IMDER Sincelejo, mediante el cual rinde concepto para el pago de Prima de Servicios y Bonificación por Servicios Prestados (f.71-73)

Para este Despacho Judicial decidir si aprueba o imprueba la presente conciliación, previamente deberá dilucidar si la convocante tiene derecho a la prima de servicio y a la bonificación por servicios prestados, es decir, que le es aplicable el Decreto 1042 de 1978 por remisión del Decreto 1919 de 2002.

2.5. Competencia para la Determinación del Régimen Salarial y Prestacional de los Empleados Públicos de Orden Territorial

- Régimen salarial:

La Constitución Política de 1991, en acogimiento al Acto Legislativo No. 1 de 1968, expedido en vigencia de la Constitución de 1886, mantuvo el concepto de la ley marco de salarios, en cuanto estableció en el art. 150, numeral 19, literal e) que corresponde al Congreso dictar normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Asimismo, la Constitución de 1991, consagra algunas competencias que en materia de salarios les corresponde a las Asambleas Departamentales y los

Concejos Municipales, así como gobernadores y alcaldes, de manera que todas estas autoridades concurren en el establecimiento del régimen salarial, con sujeción a la Constitución Política y a la Ley.

En ese sentido, lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-510 del 14 de julio de 1999 M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra:

“Existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, así: Primero, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero, las asambleas departamentales y concejos municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto, los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las asambleas departamentales y concejos municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional”.

Por su parte, el Consejo de Estado, a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil, siguiendo el criterio de la Corte Constitucional, conceptuó⁴ que la competencia salarial de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Municipales, se limita a establecer las escalas de remuneración de sus servidores, y las facultades de los Gobernadores y Alcaldes, a fijar sus emolumentos dentro de los límites señalados por el Gobierno Nacional. Precisando, entonces, que la competencia Constitucional otorgada a las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales no comprende la facultad de crear elementos salariales⁵.

A tono con lo anterior, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en providencia del 30 de junio de 2011, señaló:

....”Así las cosas, la Carta de 1991 reservó la facultad de fijar el régimen salarial de los empleados públicos en cabeza del Congreso y del Gobierno Nacional, sin perjuicio de la competencia asignada a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales para determinar las escalas salariales.

⁴ Consejo de Estado. Concepto del 13 de diciembre de 2004. Sala de Consulta y Servicio Civil. M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce. Radicación 1518.

⁵ Se puede consultar, expediente No. 68001-23-15-000-2002-00614-01(1274-08), Sección Segunda Subsección B, sobre el tema de las facultades de las entidades territoriales para regular el régimen prestacional y salarial de sus empleados. de reciente data.

Esta Corporación ha sostenido que la facultad atribuida a las Asambleas y Concejos para fijar las escalas salariales es para determinar los grados o niveles para las distintas categorías de empleos y no para crear elementos salariales o factores salariales.

De lo anteriormente expuesto, se advierte que hubo un cambio de competencia para fijar el régimen salarial de los empleados territoriales a partir del año de 1968, situación que se consolidó definitivamente con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991⁶.

- Régimen prestacional:

En vigencia de la Constitución Política de 1886, la competencia estaba radicada exclusivamente en el Congreso de la República, así quedó establecido en el Acto Legislativo No. 1 de 1968.

A partir de la Constitución de 1991, la competencia es concurrente entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional.

En efecto, con fundamento en el artículo 150 Numeral 19 literal e), dispone que el Congreso expedirá la Ley Marco a través de la cual señale los criterios y objetivos que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional para determinar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos y para determinar el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales. Y agrega la norma: *“Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogárselas”*.

Es claro entonces, de conformidad con esta disposición Constitucional, que las funciones otorgadas al Gobierno Nacional en materia de prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y éstas tampoco podrán arrogárselas⁷, de tal forma que corresponde única y exclusivamente al Presidente de la República fijar el régimen prestacional de los empleados públicos de los entes territoriales con sujeción a los parámetros establecidos por el legislador en la Ley 4 de 1992⁸.

⁶ Sentencia del 30 de junio de 2011. Consejo de Estado, Sección II Sala Plena, expediente No. 15001-23-31-000-2007-00902-01(2031-09). Consejero Ponente, Víctor Alvarado Ardilla.

⁷ Ídem 5

⁸ “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”

2.6 Régimen Salarial y Prestacional de los Empleados Públicos de Orden Territorial.

En concepto del 18 de julio de 2002 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Honorable Consejero Flavio A. Rodríguez Arce, se afirmó que, *“en las entidades territoriales, administración central y descentralizada, en el Distrito Capital, las prestaciones sociales y factores salariales, son las determinadas por la ley, y no lo originado en Acuerdo del Consejo, Decreto del Alcalde, Acuerdo de Junta Directiva o Resolución de Dirección de entidad descentralizada o acta de convenio sindical.*

Siguiendo dicha orientación, 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”, conforme el cual, a partir del 1° de septiembre de 2002, todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades de los niveles departamental, distrital y municipal, tendrán el régimen de prestaciones sociales y factores salariales previsto en la Ley para los empleados públicos del nivel nacional (art. 1°). Asimismo, que el régimen de prestaciones sociales mínimas aplicables a los trabajadores oficiales es igualmente el previsto en la Ley para los empleados públicos del orden nacional (art. 4°).

De otra parte, mediante la Circular 001 de agosto 28 de 2002 del Departamento Administrativo de la Función Pública, el Gobierno Nacional precisa el contenido y alcance del Decreto 1919 de 2002 en cuanto a: campo de aplicación, prestaciones sociales de los empleados públicos territoriales, factores salariales para la liquidación de prestaciones, régimen mínimo para los trabajadores oficiales y precisiones generales sobre el concepto de salario y de prestaciones causadas.

Circular que fue modificada mediante la Circular No. 0013 de 2005⁹, de cuyo texto se destaca:

“A través de la circular No. [001](#) de 2002 se realizaron algunas precisiones sobre el campo de aplicación y las normas vigentes sobre prestaciones sociales que rige en la Rama Ejecutiva del Poder Público en el Orden Nacional, como consecuencia de la expedición del Decreto 1919 de 2002. No obstante, es necesario puntualizar en la naturaleza de la bonificación especial por recreación

⁹ Consultar la Circular No. 014 de 2005, mediante la cual el D.A.F.P. señala el alcance de la Circular NO. 013 de 2005.

y en los elementos de salario que se deben incluir en la liquidación de las diferentes prestaciones en el nivel territorial, por cuanto este tema tuvo variación a raíz de los conceptos No. [1518](#) del 11 de septiembre de 2003 y No. [1518A](#) del 13 de diciembre de 2004, emitidos por la sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en los cuales se concluyó que la facultad de establecer escalas de remuneración que la Constitución Política le otorga a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, no incluye determinar el régimen salarial ni establecer factores salariales a los empleados públicos territoriales.

La competencia de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Municipales, en materia salarial se limita a la fijación de las escalas de remuneración para las distintas categorías de empleos, esto es de las asignaciones básicas mensuales respectivas.

Lo que nos lleva a concluir que sólo es posible el pago de elementos de salario creados para el nivel territorial por el Gobierno Nacional en uso de sus facultades, o por las Asambleas Departamentales entre 1910 y 1968¹ - que en consecuencia serán los mismos que se incluyan como factores de salario para la liquidación de prestaciones sociales conforme a las normas sobre el particular.

Ello implica que la prima técnica, el auxilio de alimentación, la prima de servicios, bonificación por servicios prestados y la prima de antigüedad únicamente podrán reconocerse y pagarse a empleados públicos del nivel territorial cuando el Gobierno Nacional extienda su campo de aplicación a ellos”.

De lo expuesto, es claro que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1919 de 2002, se extendió a los empleados públicos del nivel territorial (departamental, municipal, distrital) la aplicación de algunas normas, entre las cuales, el Decreto Ley 1042 de 1978, que contemplan **el régimen prestacional de los empleados públicos del nivel ejecutivo nacional**. No sucediendo lo mismo con las normas que se refieren a materias salariales.

2.7 Naturaleza Salarial de la Bonificación por Servicios Prestados y la Prima de Servicios.

Es notorio que las acepciones prestación social y salario tienen significado y connotaciones jurídicas diferentes.

La Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁰, citando a la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el concepto de 26 de marzo de 1992, sobre la definición de prestaciones sociales, dispuso,

“Prestación Social: Es lo que debe el patrono al trabajador en dinero, especie, servicios y otros beneficios, por ministerio de la ley, o por

¹⁰ Ídem 5, 6.

haberse pactado en convenciones colectivas o en pactos colectivos, o en el contrato de trabajo, o establecidas en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono, para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación del trabajo o con motivo de la misma”.

Por su parte el término salario, conforme al art. 42 del Decreto – Ley 1042 de 1978 comprende “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 de sus servicios”.

Como bien lo ha expresado el Consejo de Estado¹¹:

“(…) que todo lo que esté dirigido a remunerar de manera directa el servicio prestado por el empleado o trabajador, tiene el carácter de salario, así se le de otra denominación o se pretenda modificarle su naturaleza”.

De acuerdo con la definición dada a salario, este lo integra además de la asignación básica mensual, el trabajo suplementario, nocturno o realizado en dominicales y festivos, otros elementos alguno de los cuales constituyen factor salarial y otros no.

Los factores salariales o elementos integrantes del salario inciden en la liquidación de las prestaciones sociales de los servidores públicos.

De acuerdo con el art. 42 y 62 del Decreto Ley 1042 de 1978; artículos 33, 45 y 46 del Decreto Ley 1045 de 1978 y 5° y 7° del Decreto 40 de 1998, el salario está integrado por:

- Asignación básica mensual
- Las horas extras
- El salario nocturno
- El salario en día descanso obligatorio
- Los incrementos por antigüedad
- Los gastos de representación
- La prima técnica
- El auxilio de transporte

¹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 30 de enero de 1997, MP. Dr. Carlos Orjuela Góngora, Actor: Gloria Inés Vaquero Villareal. Expediente No. 13.211.

- El auxilio de alimentación
- La prima de servicio
- La bonificación por servicios prestados
- Los viáticos por los funcionarios en comisión
- La bonificación por recreación.

Es claro entonces, la calificación de la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados como factor salarial o elemento integrante del salario, más no como una prestación social.

Ahora bien, la Subsección “B” del Consejo de Estado en sentencia de fecha 23 de agosto de 2007, C.P. con ponencia del doctor Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 0176-2004, precisó que si bien la prima de servicios es una acreencia laboral que conforme a la normatividad prevista en el Decreto 1042 de 1978 sólo fue establecida para los empleados del orden nacional, sin incluir dicha prestación para los empleados públicos del orden territorial, en virtud del derecho a la igualdad también es aplicable a los empleados del orden territorial, para lo cual inaplicó la expresión “del orden nacional” contenida en el art. 1º de ese decreto, para reconocer a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional. Posición que fue reiterada en fallos posteriores¹²., en los siguientes términos:

“La prima de servicios es una acreencia laboral que conforme a la normatividad prevista en el Decreto 1042 de 1978 sólo fue establecida para los empleados del orden nacional, sin incluir dicha prestación para los empleados públicos del orden territorial.

Si bien es cierto las entidades territoriales no pueden arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos pues esta es una función reservada al Gobierno Nacional, esta Corporación en aras de proteger el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la C.P., y con fundamento en el artículo 4 ibídem, ha inaplicado la expresión “del orden nacional” de las normas que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales, para reconocer a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional.

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

¹²Sentencia de fecha 20 de septiembre de 2007, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, rad. No. 15001-23-31-000-2001-00073-01(5200-05), actor: Bernardo Cachón Meléndez y otros. Y sentencia de fecha 25 de septiembre de 2008, C. P. doctor Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 5816-2005, actor: Mónica Perpetua Casanova Zamora.

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”. (Resaltado fuera del texto)

Sin embargo, posteriormente esa misma corporación 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, manifestó:

*“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”***

De las sentencias arriba citadas, concluye este Despacho que se han adoptado diversos criterios en relación a si es extensivo o no el régimen de los empleados del orden nacional a los del orden territorial con la expedición del Decreto 1919 de 2002, Sin embargo, la Honorable Corte Constitucional, en pronunciamiento reciente contenido en la sentencia C-402 de 2013¹³, determinó, según lo anotado en comunicado de prensa:

“(…)

“2. Decisión

“Declarar EXEQUIBLES, por los cargos analizados en esta sentencia, las siguiente es expresiones contenidas en el Decreto 1042 de 1978 “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y

¹³ Corte Constitucional, Sentencia del 3 de julio de 2013, expediente D-9388, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

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”

:

1. **“del orden nacional”, contenida en el artículo 1º.**
2. *“a quienes se aplica este Decreto”, contenida en el artículo 31.*
3. *“para los funcionarios a que se refiere el artículo 1º” y “de los enumerados en el artículo 1º de este Decreto”, contenidas en el artículo 45.*
4. *“por la ley”, prevista en el artículo 46.*
5. *“a que se refiere el artículo 1º de este Decreto”, prevista en el artículo 50.*
6. *“señaladas en el artículo 1º de este Decreto”, indicada en el artículo 51.*
7. *“Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto”, contenida en el artículo 58.*
8. *“a que se refiere el presente decreto”, prevista en el artículo 62.*

3. Síntesis de los fundamentos

“En primer término, la Corte constató que los artículos 46, 50, 51 y 62 del Decreto 1042 de 1978 se encuentran actualmente derogados, en virtud de la subrogación prevista en el Decreto 1374 de 2010 y por el Decreto 1345 de 2012. Sin embargo, también encuentra que las normas demandadas puedan estar surtiendo efectos, particularmente en el marco de acciones judiciales en curso, en donde se pretenda su exigibilidad. Ante esta circunstancia, procedía su análisis de fondo frente a los cargos de inconstitucionalidad formulados en el presente proceso.

“En segundo lugar, la Corporación estableció que si bien respecto a los artículos 45, 46 y 58 del Decreto 1042 de 1978, existe pronunciamiento sobre su constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia durante la vigencia de la Constitución anterior, en sentencia No.91 del 16 de octubre de 1986. No obstante, esta decisión no versa sobre los mismos problemas jurídicos planteados, por lo que se estaría, a lo sumo, ante el fenómeno de la cosa juzgada aparente, lo cual no inhabilita el examen del asunto por parte de la Corte Constitucional. Adicionalmente, el parámetro de constitucionalidad referente a las competencias para la fijación del régimen salarial de los servidores públicos, sufrió importantes modificaciones en razón de la Constitución vigente. Por ello, no puede sostenerse que en este caso exista cosa juzgada, pues ello desconocería el principio de supremacía constitucional.

“En esta oportunidad, le correspondió a la Corte dilucidar: (i) si de conformidad con la previsión constitucional contenida en el literal e) del artículo 150-19 de la Constitución, el Gobierno Nacional tiene la competencia exclusiva y excluyente para fijar el régimen salarial de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con exclusión de los empleados del Estado del nivel territorial; (ii) en caso de que la respuesta a la anterior cuestión fuera afirmativa, la Corte debía establecer si existe una discriminación y un desconocimiento de las competencias del Gobierno Nacional sobre la materia, al limitar los emolumentos salariales a favor de los servidores públicos vinculados a entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con exclusión de los emolumentos de los empleados del Estado del nivel territorial.

“Conforme a la línea jurisprudencial de esta Corporación, la determinación del régimen salarial de los servidores públicos del orden territorial responde a una fórmula de armonización entre el principio del 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, de raigambre constitucional, para la fijación de las escalas salariales y los emolumentos de los cargos adscritos a ellas. 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.”

*“A juicio de la Corte, no es de recibo la tesis del actor, según la cual, 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. De ser así, se vaciaría de contenido las competencias de las entidades territoriales en esta materia, a partir de una maximización del principio del Estado unitario y en abierta contradicción con la eficacia del grado de autonomía que la Constitución reconoce a las mencionadas entidades. **Además, desde el punto de vista foral, 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 del Decreto 1042 de 1978.***”

*“En consecuencia, 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 no puede llevarse válidamente a cabo de acuerdo al parámetro constitucional vigente, merced del grado de autonomía anteriormente explicado. **En esa medida, si el primer problema jurídico materia de decisión debe resolverse de manera negativa, no están los presupuestos para entrar a dilucidar el segundo problema, 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 podía llevarse a cabo. Por ende, se impuso la declaratoria de exequibilidad de los apartes normativos acusados, por el cargo analizado en esa sentencia.***”

“(…)”

De acuerdo a lo arriba anotado y atendiendo la declaratoria de exequibilidad de la expresión *“del orden nacional”* contenida en el Decreto 1042 de 1978, la Corte Constitucional dejó plenamente decidido el debate existente alrededor de la inaplicación que se venía realizando de dicha expresión, a la luz de los artículos 4º y 13 Constitucionales, y que posibilitaba el reconocimiento y pago de las

prestaciones salariales y sociales establecidas para los empleados públicos del orden nacional, a los empleados públicos del orden territorial.

Así la cosas, y asumida una posición única por la H. Corte Constitucional, concluye esta Agencia Judicial que, el régimen salarial establecido por el Decreto 1042 de 1978, dentro del cual figuran como factores salariales tanto la bonificación por servicios prestados, como la prima de servicios, son aplicables únicamente a los empleados del orden nacional y no así a los empleados del orden territorial.

La posición adoptada por la Corte Constitucional en la referida sentencia C- 402 de 2013, desvirtúa el principal argumento sostenido por el Consejo de Estado frente a la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, lo que torna al acuerdo conciliatorio por tales beneficios, sin sustento jurídico claro, que impide impartir aprobación a la presente conciliación.

Conforme al análisis realizado, concluyendo que a la convocante por ser empleada territorial no les es aplicable el Régimen Salarial regulado por el Decreto 1042 de 1978, y acogiendo la solicitud del Ministerio Público de improbar el presente acuerdo conciliatorio, establece el Despacho que el mismo podría afectar el patrimonio público de la entidad, pues se acordó el pago de una bonificación por servicios prestados y la prima de servicios a una empleada del orden territorial quien no tiene derecho a la misma.

Por lo anterior, la Conciliación Extrajudicial objeto de este pronunciamiento, no está ajustada a derecho conforme a lo dilucidado en el presente proceso, no gozando así de validez.

Por lo anteriormente expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo,

RESUELVE:

1°.- Improbar el acuerdo conciliatorio celebrado entre la señora **MARA LUZ HERNANDEZ MERCADO**, por conducto de apoderado, y el Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Sincelejo "IMDER", el día 23 de octubre de 2013, ante el Procurador 164 Judicial II para Asuntos Administrativos, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2°.- Ejecutoriada esta providencia, devuélvase a los interesados los originales de los documentos que obran en el expediente, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 117 del C.P.C.

3°.- Expídase a la parte interesada copia de esta providencia al tenor de lo señalado en el Art. 115 del C.P.C., con las constancias pertinentes.

4°.- Cumplido todo lo anterior, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GUILLERMO OSORIO AFANADOR
JUEZ**

LLAV