



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO

Sincelejo, veintisiete (27) de marzo del año dos mil quince (2015)

JUEZ: TRINIDAD JOSÉ LÓPEZ PEÑA

Medio de Control **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicado: **70001.33.33.005.2013.00213.00**
Demandante: **ALVRO MIGUEL BELTRAN MERCADO**
Demandado: **MUNICIPIO DE TOLUVIEJO.**

ASUNTO A DECIDIR

Se procede a decidir en primera instancia sobre las pretensiones de la demanda formuladas a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho por el señor ALVRO MIGUEL BELTRAN MERCADO mediante apoderado judicial, contra el MUNICIPIO DE TOLUVIEJO.

I. LA DEMANDA

A – PRETENSIONES

PRIMERO: Que se reconozca y decrete la Nulidad del Acto Administrativo fechado 28 de noviembre de 2012, expedido por el Municipio de Toluviéjo, debidamente notificado debidamente notificado el día 28 de febrero de 2013, como respuesta del escrito de agotamiento de vía gubernativa presentado por el demandante el día 09 de noviembre de 20012 mediante apoderado, donde la administración Municipal de Toluviéjo niega el reconocimiento y pago de varios factores salariales y prestacionales.



SEGUNDO: Que a título de Restablecimiento del Derecho la Entidad Demandada Representada por el señor Alcalde Municipal, reconozca y cancele al señor ALVARO MIGUEL BELTRAN MERCADO, los siguientes conceptos:

2.1. El pago de las prestaciones sociales a que tenía derecho, prestaciones estas que no han sido cancelados por la entidad territorial, tales como: PRIMA DE SERVICIOS y BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, BONIFICACION POR RECREACION, PRIMA DE ALIMENTACION, RELIQUIDACION DE LAS CESANTIAS E INTERESES, RELIQUIDACION DE LA PRIMA DE NAVIDAD, SUBSIDIO DE TRANSPORTE Y DOTACION, de conformidad con las disposiciones legales establecidas en el Decreto Nacional 1042 de 1978, Decreto 1919 de 2002 y demás disposiciones legales del orden nacional que regulan estos factores salariales, tal y como se sustentara en el libelo de la demanda y los efectos o incidencia de estas prestaciones en la liquidación de los demás factores constitutivos de salario devengados por el demandante.

2.2. Que se repare integralmente el daño padecido por el actor, 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 años posteriores y hasta tanto estuviere vigente la relación laboral del actor con la entidad.

2.3. Que se le reconozcan al demandante los intereses moratorios o en su defecto la indexación laboral.

TERCERO: El reconocimiento respectivo será actualizado de conformidad con lo previsto en el artículo 192 de la ley 1437 de 2011, aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha en que debió reconocérsele los derechos aquí reclamados y hasta que se verifique el pago total de las obligaciones adeudadas.

CUARTO: La Entidad demandada dará cumplimiento a la Sentencia Condenatoria en los términos del Artículo 192 de la ley 1437 de 2011.

QUINTO: Si no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad liquidara los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 192 de la ley 1437 de 2011.



B – FUNDAMENTOS DE HECHOS

Que el señor ALVARO MIGUEL BELTRAN MERCADO es empleado público del Municipio de Toluviéjo, – Sucre, nombrado mediante acto administrativo y se encuentra debidamente posesionado, actualmente se encuentra laborando en la entidad territorial y hace parte de la Planta de Personal financiada con recursos propios, en el cargo de técnico, Código 314, Grado 8.

Que durante el tiempo de la relación laboral existente entre el Municipio de Toluviéjo, y el actor, no le han cancelado los factores salariales y prestaciones sociales tales como: PRIMA DE SERVICIOS y BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, BONIFICACION POR RECREACION, PRIMA DE ALIMENTACION, RELIQUIDACION DE LAS CESANTIAS E INTERESES, RELIQUIDACION DE LA PRIMA DE NAVIDAD, SUBSIDIO DE TRANSPORTE Y DOTACION.

Que de conformidad con el Decreto 1919 de 2002, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del nivel central y descentralizado de las entidades municipales y departamentales, como es el caso de la demandante, será el señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional.

Que los empleados públicos del orden nacional reciben como contraprestación por sus servicios a título de salarios y prestaciones sociales, los derechos salariales y prestacionales señalados en las normas contenidas del artículo 42 a 60 del Decreto 1042 de 1978, prestaciones estas que son las siguientes: incremento por antigüedad, gastos de representación, prima técnica, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, prima de servicio, bonificación por servicios prestados y viáticos y gastos de viaje y de conformidad con el Decreto No 1919 de 2002, bonificación por recreación.

Que al comparar los salarios y prestaciones sociales percibidas por el actor, claramente se observa que no se reconocieron los salarios y prestaciones sociales a que tenía derecho, a pesar de haberse equiparado su régimen salarial y prestacional al de los empleados públicos del orden nacional, es decir le siguen aplicando al señor ALVARO MIGUEL BELTRAN MERCADO el régimen de empleados públicos territoriales, mas no las normas que rigen las relaciones laborales a los empleados públicos del orden nacional, que es la norma general aplicable a estos casos.



Que el señor ALVARO MIGUEL BELTRAN MERCADO, presenta mediante apoderado escrito de agotamiento de vía gubernativa el día 09 de noviembre de 2012, donde solicita el reconocimiento de estos factores salariales, recibiendo respuesta negativa el día 28 de febrero de 2013.

Que el demandante, mediante apoderado presento solicitud de conciliación prejudicial dentro del término legal el 26 de junio de 2013 y las partes asistieron a la diligencia de conciliación sin llegar a un acuerdo conciliatorio alguno.

C – NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Constitución Nacional Artículos 1, 2, 4, 13, 23, 25, 29, 53, 93 inciso 3 y 122 y siguientes, 150-5, 150-19, 287, 300-7, 205-7, 313.

Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos

Legales: Decreto 1042 de 1978 artículos 45, 46 y 58 Decreto 1045 de 1978

Ley 4 de 1992 artículos 1 y 12 Artículo 16 ley 446 de 1998 Decreto 1919 de 2002

Fundamentos adjetivos: Titulo XXIV, artículos 206 y ss del Estatuto procesal contencioso Administrativo.

En su concepto de violación indicó que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos se encuentra sujeto bajo reserva de la ley de conformidad con el artículo 150 numeral 19 literal e) de la C.P. en razón a esta disposición el congreso de la republica expide la ley 4 de 1992.

Así mismo manifestó que el artículo 12 de la ley 4 de 1992, afirma que el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será el fijado por el Gobierno Nacional, para lo cual, se señaló que el límite máximo salarial de estos servidores, deberá guardar equivalencia con los cargos similares del orden nacional. Al respecto la sentencia C-315 de 1995 de la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del anterior precepto. De acuerdo a la sentencia citada, es claro que el legislador al establecer como medida, el mismo régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden nacional con los del orden territorial, tomo una decisión



razonable, racional y por lo tanto proporcional, ya que es lógico que exista el mismo tratamiento tanto a los empleados de la nación como al de los entes territoriales y al no hacerlo se vulneraría el principio de igualdad consagrado en el artículo 11 de la C.P.

Arguye que al demandante se le debe reconocer los salarios y prestaciones sociales definidas en el Decreto 1042 de 1978, ya que de conformidad con las normas aquí señaladas, el régimen salarial y prestacional de los empleados del orden territorial es el mismo de los del orden nacional, por lo que se les debe reconocer a dichos empleados las prestaciones sociales y los factores salariales propios de estos empleados, el no hacerlo vulnera el derecho constitucional a la igualdad, el principio de progresividad y las normas que reglamentan el tema.

II. TRAMITE PROCESAL

A – ADMISIÓN: La demanda fue admitida mediante auto de veintitrés (23) de octubre del año 2013, notificado por estado electrónico N° 066 de fecha 24 de octubre de 2013; el Agente del Ministerio Público, y a la entidad demandada fueron notificados personalmente el 17 de enero de 2014, a través de mensaje dirigido al correspondiente buzón electrónico de notificaciones judiciales, tal como consta a folio 40 del expediente.

B – LA CONTESTACIÓN: La entidad demandada no presentó contestación de la demanda.

C-AUDIENCIA INICIAL:- la Audiencia Inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, convocada mediante auto adiado veintiocho (28) de abril del año 2014, se llevó a cabo tal y como fue programada. En dicha audiencia se agotaron las subetapas correspondientes, considerando que el litigio se debía orientar en determinar si el demandante como servidor público del orden territorial tiene o no derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones salariales reclamadas en aplicación del decreto 1919 de 2002; de ello da cuenta en las respectivas actas visibles a folios 56 a 60, con la correspondiente grabación de video y audio, la cual se encuentra incorporada a folio 63.

D –AUDIENCIA DE PRUEBAS. – Estando en audiencia inicial se decretaron las pruebas a practicar, y se fijó el día 01 de octubre de 2014, a las 02:50 PM, como fecha y hora para la celebración de la audiencia de pruebas de que trata el artículo



181 de la Ley 1437 de 2011. En consecuencia, la misma fue celebrada en la fecha estipulada, en la cual no fue posible el recaudo de la totalidad de las pruebas decretadas, fijándose el día 16 de octubre de 2014 a las nueve de la mañana como fecha y hora para la continuación de la misma; tal como consta en la correspondiente acta de registro visible a folio 73 a 76, y la correspondiente grabación de audio y video, la cual se encuentra incorporada a folio 77 del expediente. Continuándose con la audiencia de pruebas en la fecha y hora señalada, en la cual fue posible el recaudo de la totalidad de las pruebas decretadas. El despacho al observar que no quedaba prueba pendiente por recaudar, dándole aplicación al inciso 3° del artículo 181 del CPACA, resolvió dar por terminada la etapa probatoria, prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, ordenó a las partes presentar los alegatos de conclusión por escrito en el término de 10 días, e indico a las partes que una vez finalizado el termino concedido por el numeral precedente, el despacho judicial dictara sentencia en el término de veinte (20) días, tal como consta en la correspondiente acta de registro visible a folio 100 a 102, y la correspondiente grabación de audio y video, la cual se encuentra incorporada a folios 103 del expediente.

E – ALEGACIONES. – Dentro del término concedido para presentar los alegatos de conclusión la parte demandada allegó escrito en los siguientes términos:

Entidad Demandada: Inicio sus alegatos, indicando que el Decreto 1919 de 2002 amplió el régimen prestacional de los empleados públicos el régimen prestacional de los empleados públicos de la rama ejecutivo a del nivel nacional a los empleados del nivel territorial, según mandato del artículo 1 y el decreto 1042 del 1978, consagra las prestaciones sociales y factores salariales aplicables a los empleados del orden nacional.

Despacho debe tener en cuenta que el artículo 3 de la ley 33 de 1985 dispone que las pensiones de los empleados oficiales como en el caso de la demandan siempre se liquidaran sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes

Así mismo hizo alusión a la sentencia C- 101/11, al concepto N° EE 3838 2010/17/06, radicado por la Directora Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Indico que el decreto 1919 2002, extendió el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos de la rama ejecutiva del nivel nacional a los mismo empleados



cdl nivel territorial. Ello con el fin de unificar la legislación nacional y territorial sobre la materia, cubriendo algunas prestaciones sociales de las que carecían los empleados públicos del nivel territorial, por lo que el mismo no se ocupa ni afecta los elementos de salario, como es el caso de la prima de servicio.

Finalmente concluyó que con la sentencia C- 402 del 2013, la honorable corte constitucional, estableció al declarar exequibles determinados artículos que solo se pagaran la prima de servicio, bonificación de servicios prestados y auxilio de transporte a aquellos empleados y servidores públicos en Colombia que laboren con el gobierno nacional, dejando a un lado a los entes municipales y territoriales que venían sufragando estos emolumentos; por tal razón el municipio de Toluviéjo no le corresponde hacer la cancelación de la prima de servicio, ni la bonificación por servicios prestados y mucho menos auxilio de transporte, solicitados por el demandante, toda vez que no tiene derecho a ellos.

Parte Demandante: no hizo uso de esta oportunidad procesal.

La Agente Del Ministerio Público: no emitió concepto.

III CONSIDERACIONES

2.1. EL PROBLEMA JURÍDICO. Vistos los argumentos expuestos en el asunto, esta agencia judicial estima que se debe determinar si le asiste derecho al demandante a que le sean reconocidos y pagados los siguientes emolumentos: Prima de Servicios, Bonificación por Servicios Prestados, Bonificación por Recreación y Prima de Alimentación, reliquidación de las cesantías e interés, reliquidación de la prima de navidad, subsidio de transporte y dotación.

En aras de dar respuesta al anterior cuestionamiento, esta judicatura considera pertinente referirse a la normatividad que consagra el reconocimiento de las prestaciones salariales reclamadas y el referente jurisprudencial sobre el tema, seguidamente verificar el acervo probatorio arrimado a esta foliatura, y, finalmente estudiar el caso concreto.

2.2. REFERENTE NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL: Recurre esta agencia judicial a la reglamentación contenida tanto en el Decreto Ley 1042 de 1978, “*Por el cual se establece la nomenclatura y clasificación de los empleos de los Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones*”, como a lo dispuesto en 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*”.

De igual forma, debe hacerse referencia a los Decretos 451 de 1984, 25 de 1995 y 404 de 2006.

El primero de los reglamentos en mención, se refiere a la prima de servicios, la bonificación por servicios prestados, la prima de antigüedad y la prima de alimentación a los empleados públicos del orden nacional, en los siguientes términos:

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

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

Son factores de salario:

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

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

Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial.

Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo a otro de los enumerados en el artículo 1 de este decreto, el tiempo laborado en el primero se tendrá en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la bonificación, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio.

Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.

La bonificación de que trata el presente artículo es independiente de la asignación básica y no será acumulativa.”

Artículo 49°.- De los incrementos de salario por antigüedad. *Las personas que a la fecha de expedición de este decreto estén recibiendo asignaciones correspondientes a la 3a. o 4a. columna salarial del Decreto 540 de 1977, por razón de los incrementos de antigüedad establecidos en disposiciones legales anteriores, continuarán recibiendo, hasta la fecha en la cual se produzca su retiro del respectivo organismo, la diferencia entre sueldo básico fijado para su empleo en la segunda columna de dicho decreto y el de la tercera o cuarta columna, según el caso.*

Los incrementos salariales de que trata este artículo no se perderán cuando los funcionarios cambien de empleo dentro del mismo organismo, trátase de nuevo nombramiento, ascenso, traslado o encargo.

El retiro de un organismo oficial no implicará la pérdida de los incrementos salariales por antigüedad cuando el respectivo funcionario se vincule, sin solución de continuidad, a cualquiera de las entidades enumeradas en el artículo 1o. del presente Decreto.

Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, 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.

Los funcionarios que perciban incrementos de remuneración por concepto de antigüedad deberán manifestar esta circunstancia al hacer su solicitud de empleo en otra entidad oficial.

“Artículo 58. *Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una **prima de servicio** anual equivalente a quince días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año.*

Esta prima no se registrará para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre.” (las negrillas son del despacho para resaltar)

La Bonificación por recreación viene a estar regulada por el Decreto 451 de 1984, el decreto 25 de 1995, el Decreto 3535 de 2003 y el Decreto 404 de 2006, entre otros, en los siguientes términos:

DECRETO 451 DE 1984:

“Artículo 3°. Los empleados que adquieran el derecho a las vacaciones e inicien el disfrute de las mismas, dentro del año civil de su causación tendrán derecho a una bonificación especial de recreación en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de causarlas.

El valor de la bonificación no se tendrá en cuenta para, la liquidación de las prestaciones sociales y se pagará dentro de los cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del disfrute de las vacaciones.

Mientras se crea en el presupuesto de las entidades el respectivo rubro presupuestal, podrá diferirse la fecha señalada para el pago de la bonificación”.

DECRETO 25 DE 1995:

“Artículo 15. Bonificación especial de recreación. Los empleados públicos a que se refiere el presente Decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute de sus vacaciones.

Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagará por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha señalada para iniciar el disfrute del descanso remunerado”.

DECRETO 3535 DE 2003:

Artículo 15. Bonificación especial de recreación. Los empleados públicos a que se refiere el presente Decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute de sus vacaciones.

Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagará por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha señalada para iniciar el disfrute del descanso remunerado.

DECRETO 404 DE 2006

***Artículo 1°.** Los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados a las entidades públicas del orden nacional y territorial, que se retiren del servicio sin haber cumplido el año de labor, tendrán derecho a que se les reconozca en dinero y en forma proporcional al tiempo efectivamente laborado las vacaciones, la*

prima de vacaciones y la bonificación por recreación. (Las negrillas son del despacho para destacar)

El Decreto 1919 de 2002, por su parte, prescribió en su artículo primero lo siguiente:

“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 Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

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

Para este dispensador de justicia, puede afirmarse que con la expedición el Decreto 1919 de 2002, los servidores públicos del nivel territorial se hacen merecedores de las prestaciones sociales a que tienen derecho los empleados del nivel nacional, prestaciones estas que no son otras que las reguladas por el Decreto 1045 de 1978.

Ahora bien, el Decreto 1045 de 1978 en su artículo 5° prescribe:

Artículo 5°.- 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.

De las normas transcritas, puede observarse que algunos emolumentos contenidos en el artículo 42 del Decreto 1042/78, como lo son la prima de servicios, la bonificación por servicios prestados, la prima de antigüedad y la prima de alimentación, son de naturaleza salarial, más no prestacional; ahora bien, en lo que hace referencia a dichos factores salariales se sabe que fueron establecidos para los servidores públicos del orden nacional, sin que se haga remisión expresa de ellos -por el Decreto 1919 de 2002- a efectos de que fuesen tenidos en cuenta respecto de los servidores públicos del orden territorial, pues, este último decreto contempló la extensión a estos empleados solo respecto del régimen de prestaciones sociales y no del salarial.

Pese a lo anterior, el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, en sentencia de fecha 23 de agosto de 2007, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 0176-2004, en un caso de prima de servicios, precisó que si bien ésta 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. 1° de ese decreto, para reconocer a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional. Así:

“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 en su artículo 1° 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).

Posición que ha sido reiterada por el H. Consejo de Estado¹, y en providencia de fecha 16 de abril de 2009, esa misma Corporación, en ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, rad. No. 08001-23-31-000-2002-01739-01(0694-07), precisó que el auxilio de alimentación a pesar de estar contemplado en normas referentes a empleados del orden nacional, en virtud del derecho a la igualdad, es aplicable también a los empleados del orden territorial.

En estos términos, se tiene que el Máximo Tribunal de lo Contencioso dio respuesta positiva al problema jurídico consistente en establecer si las prestaciones económicas del Decreto 1042 de 1978 que son aplicables a los empleados públicos del orden nacional, pueden extenderse a quienes se encuentran vinculados en entidades del orden territorial, en virtud del derecho a la igualdad². Tesis ésta que fue acogida por esta Unidad Judicial en providencias anteriores, en el entendido que si bien la sentencia no hace taxativamente mención al auxilio de alimentación, a la bonificación por servicios prestados y a la prima de antigüedad, era aplicable a los empleados del orden territorial por analogía y en salvaguarda del derecho a la igualdad, ya que éstos tienen derecho a gozar del mismo régimen de prestaciones sociales que los empleados del orden nacional.

Conviene ahora traer al caso el pronunciamiento de La Sala Plena de la H. Corte Constitucional en sentencia C-402 del 3 de julio de 2013, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, que resolvió la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 1º, 45, 46, 50, 51 58 y 62 (parciales) del Decreto 1042 de 1978, en la que se consideró que es improcedente realizar un juicio de igualdad entre los empleados públicos del orden nacional y los empleados públicos del orden territorial para extender los efectos de una norma, de la que se transcribe –en extenso- una parte así:

“Improcedencia general del juicio de igualdad respecto de regímenes salariales disímiles.

(...)

11. En el caso particular de los diferentes regímenes laborales, la Corte ha concluido la improcedencia general del juicio de igualdad entre sus prestaciones. Esto en consideración a que no son equiparables y responden cada uno de ellos

¹Sentencia 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.

² Ver igualmente sentencia del 7 de marzo de 2013, Consejo de Estado, Sección Primera, expediente No. 1001-03-15-000-2013-00131-00(AC). CP. María Claudia Rojas Lasso.

a los requerimientos específicos del orden o entidad de que se traten, el grado de responsabilidad y calificación profesional requerida o, lo que resulta particularmente importante para el caso analizado, a si se trata de empleos del orden nacional o territorial.

(...)

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

Es importante insistir, en este sentido, que la imposibilidad expuesta se basa en las dificultades que subyacen a la identificación de un criterio de comparación entre beneficios laborales que pertenecen a regímenes distintos. Como ha indicado la jurisprudencia, el juicio de igualdad solo es posible cuando se acrediten argumentos relativos a la definición de “(i) “con claridad los grupos involucrados, (ii) el trato introducido por las normas demandadas que genera la vulneración del derecho a la igualdad y (iii) qué justifica dar un tratamiento distinto al contenido en las normas acusadas”,³ toda vez que “la realización de la igualdad no le impone al legislador la obligación de otorgar a todos los sujetos el mismo tratamiento jurídico, ya que no todos se encuentran bajo situaciones fácticas similares ni gozan de las mismas condiciones o prerrogativas personales e institucionales.”⁴ ⁵

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

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

Solución del cargo propuesto.

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

³ Corte Constitucional, sentencia C-913 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1115 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil).

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-101/11.

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 virtud de los argumentos expuestos por la H. Corte Constitucional, puede afirmarse que el régimen salarial de los servidores públicos del orden territorial vendría a estar determinado de manera concertada por las competencias que le vienen fijadas constitucionalmente entre el Legislativo, el Gobierno Nacional y las entidades territoriales.

Así las cosas, en sentir de este administrador de justicia, es dable afirmar que por el hecho de haberse establecido factores salariales para los servidores públicos del orden territorial distintos a los del orden nacional, no se configura una violación al derecho a la igualdad, en razón a que no se dan los presupuestos de un criterio de comparación para establecer un trato diferente e injustificado.

2.3.- EL ACERVO PROBATORIO. Al plenario se arrimaron los siguientes medios de prueba:

- Escrito de agotamiento de vía gubernativa formulada ante la Alcaldía Municipal de Toluviéjo con fecha de recibido Noviembre 09 de 2012 (fol. 28-30).



- Certificación suscrita por el Coordinador Administrativo del municipio de Toluviéjo en la que se hace constar que el demandante presta sus servicios al Municipio de Toluviéjo en el cargo de Conductor Mecánico Cod. 6005 Grado 09; así mismo las asignaciones básicas devengadas durante los años 1995 al 2014, al igual que las prestaciones sociales desde su inicio, como lo son: prima de navidad, prima de vacaciones, y vacaciones; como también las que no se le han cancelado tales como: prima técnica, bonificación por servicios prestados, dotación uniformes, bonificación por recreación, subsidio de alimentación, subsidio de alimentación. (fol. 69).
- Fotocopia de la cedula de ciudadanía del señor ALVARO MIGUEL BELTRAN MERCADO (fol. 32).
- Respuesta al derecho de petición del señor ALVARO EDUARDO VERGARA de fecha 28 de noviembre de 2012 (fol. 16-26)
- Acta de posesión del señor ALVARO MIGUEL BELTRAN MERCADO (fol. 31, 52, 70 y 80).
- Certificación expedida por el Coordinador Administrativo de Toluviéjo, en la que consta que al demandante no se le han reconocido ascensos, encargos o comisiones de servicios (fol. 79).

Es importante indicar que las pruebas aportadas por la entidad demandada municipio de Toluviéjo, a través de oficio de fecha 14 de octubre de 2014, en el cual se le da respuesta al Oficio No 0581, no guardan relación con el demandante⁶.

2.4.- CASO CONCRETO: Se deprecia en el asunto la nulidad del acto administrativo de fecha 28 de noviembre de 2012, expedido por la administración municipal de Toluviéjo, frente a la petición elevada el día 09 de noviembre de 2012 por el demandante, mediante el cual se niega el reconocimiento y pago de conceptos salariales tales como prima de servicios, bonificación por servicios prestados, bonificación por recreación, prima de alimentación, reliquidación de la prima de navidad, subsidio de transporte y dotación.

⁶ Folios 81-99 del expediente



Frente a las pretensiones y hechos de la demanda, la entidad territorial accionada guardó absoluto silencio.

Viene demostrado dentro del proceso que el señor ALVARO MIGUEL BELTRAN MERCADO, se encuentra vinculado laboralmente al Municipio de Toluviejo, desempeñando el cargo de conductor, Código 314, Grado 8, desde el día tres (03) de mayo de 1995 hasta la fecha de expedición del certificado obrante a folio 69 del expediente; en igual sentido está certificado que el demandante no ha percibido suma alguna por los emolumentos reclamados.

Para resolver el problema jurídico planteado, el Despacho se retrotrae a lo expuesto en precedencia, en lo que hace referencia al pronunciamiento que hizo el Máximo Tribunal Constitucional, a través de la sentencia C-402 de 2013 en la declaró la exequibilidad de la expresión “*del orden nacional*” contenida en el artículo primero, entre otros, del Decreto 1042 de 1978, para señalar que por esta potísima razón el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones salariales deprecadas, esto es, la prima de servicios, la bonificación por servicios prestados y la prima de antigüedad.

Sin embargo, no puede predicarse lo mismo respecto de la Bonificación por Recreación, pues, no obstante que la reglamentación primigenia, esto es, el Decreto 451 de 1984 la regulaba para los servidores públicos del orden nacional, para esta judicatura, de la lectura del artículo 1° del Decreto 404 de 2006 puede colegirse con facilidad que a partir de esta normativa el referido emolumento le es reconocible a los servidores públicos del orden territorial; en efecto, la norma en comento señala: “Los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados a las entidades públicas del orden nacional y territorial, que se retiren del servicio sin haber cumplido el año de labor, tendrán derecho a que se les reconozca en dinero y en forma proporcional al tiempo efectivamente laborado las vacaciones, la prima de vacaciones y la bonificación por recreación.” (las negrillas y el subrayado son del despacho). Complemento de lo expuesto, se tiene que la Ley 995 de 2005, dispuso el reconocimiento de la compensación en dinero de las vacaciones a los trabajadores del sector privado y a los empleados y trabajadores de la administración pública en sus diferentes órdenes y niveles, entiéndase incluidos aquí a los del nivel territorial, y, como se sabe, el reconocimiento de la bonificación por recreación va atado al derecho del disfrute de las vacaciones.



En igual sentido, esta judicatura estima que respecto del auxilio de alimentación, también resulta procedente su reconocimiento, eso sí, sólo a partir de la expedición del Decreto 627 de 2007, que estableció el límite máximo salarial de los servidores públicos territoriales y extendió hasta estos aquel derecho⁷, lo cual ha sido regulado año tras año por el Gobierno Nacional; en consecuencia, es del caso comprobar si el actor cumple con el requisito del tope máximo salarial a efectos del reconocimiento del mentado auxilio, para lo cual se tendrán en cuenta los decretos que estipulan el auxilio, expedidos a partir del año 1996, año en que ingresó a laboral el demandante, así:

Decreto N°	Límite asignación mensual	Asignación mensual del Demandante ⁸	Valor del Auxilio de alimentación
732 de 2009	\$1.133.355,00	\$998.118,00	\$40.412,00
1397 de 2010	\$1.156.023,00	\$1.029.267,00	\$41.221,00
1048 de 2011	\$1.192.669,00	\$1.070.438,00	\$42.528,00
840 de 2012	\$1.252.303,00	\$1.132.528,00	\$44.655,00
1015 de 2013	\$1.295.383,00	\$1.178.051,00	\$46.192,00
185 de 2014	\$1.333.468,00	\$1.231.063,00	\$47.551,00

Como puede verse, el demandante desde su vinculación al Municipio de Toluviejo, ha percibido salarios por debajo de los topes señalados por los Decretos del Gobierno que han reglamentado el reconocimiento del auxilio de alimentación, por lo tanto, es merecedor del derecho reclamado.

De otro lado, esta unidad judicial señala que en el presente caso se ha configurado el fenómeno la prescripción de los derechos laborales, toda vez que la petición de los emolumentos aquí reclamados, se formuló el día 09 de noviembre de 2012, por lo que los derechos anteriores al 09 de noviembre de 2009 hacia atrás se encuentran prescritos.

Así las cosas, las pretensiones de la demanda están llamadas a la prosperidad parcial, por lo que se dispondrá el reconocimiento y pago de la Bonificación por Recreación y el Auxilio de Alimentación en favor del señor ALVARO MIGUEL BELTRAN MERCADO y a cargo del Municipio de Toluviejo, los cuales serán cancelados durante todo el tiempo en que haya perdurado y perdure la relación laboral del demandante.

⁷ Artículo 4°. El subsidio de alimentación de los empleados públicos de las entidades a que se refiere el presente decreto, que devenguen asignaciones básicas mensuales no superiores a novecientos noventa y tres mil quinientos noventa y un pesos (\$993.591) moneda corriente, será de treinta y cinco mil quinientos doce pesos (\$35.512) moneda corriente mensuales o proporcional al tiempo servido, pagaderos por la respectiva entidad, sujeto a la disponibilidad presupuestal.

⁸ Según certificación obrante a folio 69 del expediente



Finalmente conviene aclarar que como quiera que la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión “*del orden nacional*” contenida en el numeral 1° del Decreto 1042 de 1978, lo cual es contrario a la posición que fue pautaada por el H. Consejo de Estado, esta Unidad Judicial se auxiliará en el criterio adoptado por el máximo Tribunal Constitucional, como quiera que de conformidad al artículo 241 de la C.P, a aquel le fue confiada la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, y para ello en virtud de lo establecido en el numeral 5° *ibídem*, tiene la función de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno, con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

En esos términos, lo procedente es apartarse de la tesis trazada por el H. Consejo de Estado. Por tanto, el presente asunto se resolverá partiendo de la base 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.

2.5.- COSTAS.- El despacho se abstendrá de condenar en costas, toda vez que las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente y en consideración a que no hubo, por parte de la demandada, actuaciones dilatorias como tampoco de mala fe en el desarrollo del presente asunto.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Quinto Oral del Circuito de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Declárase la Nulidad Parcial del acto administrativo fechado 28 de noviembre de 2012, proferido por el Municipio de Toluviéjo, frente a la petición formulada por el señor ALVARO MIGUEL BELTRAN MERCADO, el día 09 de



noviembre de 2012, en cuanto se le negó el reconocimiento y pago de la Bonificación por Recreación y el Auxilio de Alimentación reclamados por el demandante, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior se condena al Municipio de Toluviejo a reconocer, liquidar y pagar a favor del señor ALVARO MIGUEL BELTRAN MERCADO, identificado con la C. C. N° 4.021.800, los valores correspondientes por concepto de Bonificación por Recreación y Auxilio de Alimentación, conforme a lo preceptuado en las normas pertinentes, desde el 09 de noviembre de 2009 y mientras perdure su relación laboral. Las sumas que sean reconocidas serán actualizadas conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

TERCERO: Nieganse las restantes suplicas de la demanda.

CUARTO: Declárese la prescripción de los derechos anteriores al 09 de noviembre de 2009.

QUINTO: Se dará cumplimiento es esta sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 de la ley 1437 de 2011.

SEXTO: Sin condena en costas en esta instancia.

SEPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, líbrense las comunicaciones de rigor, devuélvase a la parte demandante el remanente, si lo hubiere, de lo consignado para gastos del proceso y archívese el expediente previo registro en la base de datos del sistema SIGLO XXI de la Rama Judicial.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

TRINIDAD JOSE LOPEZ PEÑA

Juez