



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, Agosto veintinueve (29) de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 152383333001-2013-00384-00
Demandante: Rocío del Pilar Salamanca Cristancho.
Demandado: ESE Gámeza Municipio Saludable
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho.

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho resolver en primera instancia, la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y mediante apoderada legalmente constituida, presenta la señora ROCIO DEL PILAR SALAMANCA con el fin de obtener el reconocimiento y pago de acreencias laborales, negadas por su empleador la ESE Gámeza Municipio Saludable.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, la señora ROCIO DEL PILAR SALAMANCA por intermedio de apoderada solicita se declare la nulidad parcial del Oficio sin número del 1º de abril de 2013, emitido por la Gerente de la ESE Gámeza Municipio Saludable, en lo que respecta a los numerales 1º, 2º, 8º, 9º y 10º de la parte resolutive, concerniente al reconocimiento y pago de unas acreencias laborales y la reliquidación de las prestaciones sociales causadas a su favor por prestar sus servicios a la entidad demandada.

Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho pide se reconozca y pague a su favor el subsidio de alimentación desde el mes de enero de 2010 al 28 de diciembre de 2012; que se reliquide y pague cada una de las prestaciones canceladas incluyendo el factor señalado; que se reliquide y pague en dinero las dotaciones y la prima de servicios durante el mismo periodo y se reliquide y pague cada las prestaciones incluyendo para su cálculo la prima de servicios dejada de cancelar; que se indexen las sumas de dinero reconocidas en la sentencia de conformidad con lo establecido en los artículos 176 a 178, 187, 189, 192, 193 y 195 del CPACA; y se paguen los intereses moratorios de las cantidades liquidadas a partir de la ejecutoria de la sentencia. (fls. 3 y 4)

3. HECHOS

La demandante ROCIO DEL PILAR SALAMANCA fue vinculada a la ESE Gámeza Municipio Saludable mediante la Resolución No. 009 de 2006, a partir del 2 de enero del mismo año, en el cargo de Auxiliar Administrativo código 407, grado 01, nivel asistencial, empleo que desempeñó hasta el 21 de diciembre de 2012 fecha en la cual le fue retirada del servicio mediante la Resolución No. 125 de 2012.

Mediante escrito del 5 de marzo de 2013 (fl.12) solicitó ante la entidad demandada, el reconocimiento y pago del **subsidio de alimentación** desde el mes de septiembre de 2010, con su respectiva indexación e intereses de mora, además solicita la reliquidación y pago de cada una de las prestaciones sociales canceladas desde el año 2010 hasta la fecha en que se retiró de la entidad incluyendo este factor, dejado de cancelar; también solicita el reconocimiento y pago de las dotaciones y de la **prima de servicios** desde enero de 2010 al 28 de diciembre de 2012 y reliquidación y pago de cada una de las prestaciones causadas desde el año 2010 incluyendo para el efecto la prima de servicios. Petición que fue resuelta el 1º de abril de 2013 de manera negativa por la ESE.

La Gerente de la entidad demandada certificó que no reconoció, ni canceló a ninguno de sus empleados los derechos prestacionales correspondientes a subsidio de alimentación, prima de servicio y dotaciones durante los años 2010, 2011 y 2012.

Durante el tiempo en que la demandante prestó sus servicios le devengó como salario las siguientes sumas de dinero: para el año 2010 la suma de \$ 515.000, para el 2011 la suma de \$ 535.600 y en 2012 la suma de \$ 566.700 y para el año 2012 la suma de \$670.706, de igual manera precisó, que durante su permanencia en el cargo no fue suspendida, ni se le otorgaron licencias para ausentarse de la entidad demandada. Así mismo indicó, que el salario que devengó no superó el límite fijado por el Gobierno Nacional para acceder al reconocimiento y pago del subsidio de alimentación.

Que la ESE Gámeza Municipio Saludable le reconoció y pagó las prestaciones sociales que se relacionan a continuación: prima de navidad, cesantías e intereses sobre las cesantías, y le remuneraron las vacaciones a las que tenía derecho para los años 2010 a 2012. (folios 4 a 6)

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir de la demandante, con la expedición del acto administrativo acusado se violaron las siguientes disposiciones: artículos 6º, 13, 23, 25, 53, 121, 122 y 123 de la Constitución Política, artículos 51, 58 y demás del Decreto – ley 1042 de 1978, Ley 70 de 1978, artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, artículo 19 del Decreto 1919 de 2002, artículo 4º del Decreto 1397 de 2010, artículo 10 del Decreto 1048 de 2011 y el artículo 10 del Decreto 0840 de 2012, Decreto 853 de 2012.

Que el acto administrativo demandado se expidió sin observar las normas en que debía fundarse, pues cumplía con los requisitos establecidos por el Gobierno Nacional para acceder al reconocimiento y pago del subsidio de alimentación, la prima de servicios como las dotaciones y por ende la reliquidación de todas y cada una de sus prestaciones sociales.

Que de conformidad con lo establecido en el Decreto 1919 de 2002, el Decreto 1042 y 1045 de 1978 y las Circulares del Departamento Administrativo de la Función Pública No. 1 de 2002, 014 y 136 de 2005, el subsidio de alimentación, la prima de servicios, la prima de vacaciones y la prima de navidad, son factores salariales que se deben tener en cuenta para liquidar las prestaciones sociales de los empleados del orden territorial dentro de los cuales hace parte la demandante. (fls. 6 a 12)

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Empresa Social del Estado Gámeza Municipio Saludable contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas por la demandante, señaló que si bien es cierto los Decretos 1397 de 2010, 1048 de 2011 y 0840 de 2012 establece los destinatarios y el monto del subsidio de alimentación, también lo es, que el pago del precitado emolumento está sujeto a la disponibilidad presupuestal de la entidad sin que éste opere de manera automática por el derecho de acción.

Señaló, que el acto administrativo que hoy se demanda, se expidió atendiendo los presupuestos legales, que en virtud de ello, se le indicó a la accionante que no era posible reconocer pago alguno por dicho concepto porque no existía la correspondiente apropiación presupuestal de conformidad con lo establecido en el artículo 74 del Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico de Presupuesto.

Precisó, que no es jurídicamente viable reconocer la prima de servicios, ni el subsidio de alimentación a los empleados del orden territorial, como quiera que la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión "*del orden nacional*" contenida en el Decreto 1042 de 1978, circunstancia que elimina "*tajantemente la posibilidad de reconocer las prestaciones creadas en este decreto a los funcionarios del orden territorial*" (fl. 85) Así mismo, reiteró que no se puede reconocer la prima de servicios a la demandante porque dicho emolumento fue creado para los empleados del orden nacional dejando de lado a los territoriales, máxime cuando la Corte Constitucional en Sentencia C-402 de 2013 confirmó y conceptuó sobre la constitucionalidad de la distinción o diferencia del régimen nacional que se contemplan para los empleados de dicho nivel, frente a los empleados del orden territorial, pues en sentir de la Alta Corporación, la Constitución no impone una regulación uniforme del régimen salarial prestacional de todos los servidores públicos del Estado. (fls. 82 a 93)

Indicó, que a la demandante le entregaron las dotaciones establecidas en la ley, por lo tanto, la entidad accionada no le adeuda dinero alguno por dicho concepto.

6. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue radicada ante la Oficina de Apoyo Judicial de Duitama el 5 de noviembre de 2013 (fl. 70), siendo asignada por reparto al Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Duitama, el 18 de diciembre de 2013 se admitió la demanda (fl. 73 a 75); y se corrió traslado por 30 días para contestarla, (Artículo 172 del CPACA) oportunidad dentro de la cual la ESE Gámeza Municipio Saludable presentó escrito de contestación (fls. 82 a 93).

Se celebró audiencia inicial el día 11 de noviembre de 2015 (fls. 152 y 153) y por auto del 25 de enero de 2016 se ordenó remitir el expediente a la Oficina de Apoyo Judicial de Sogamoso para que se repartiera entre los Juzgados Administrativos de éste circuito judicial, correspondiéndole a este Despacho conocer el proceso de la referencia (fl. 159 y 161)

Por auto del 14 de marzo de 2016 se avoca conocimiento del medio de control (fl. 152) y el 26 de abril de 2016 se celebra la audiencia de pruebas, en donde se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión. (fls. 174 a 178 y 181 a 184)

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante en escrito del 11 de mayo de 2016 (fl.181-184) presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos de la demanda y señalando que el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1919 de 2002 equiparó el régimen prestacional de los servidores territoriales con el de los nacionales, igualando el tratamiento prestacional, porque no existían razones de peso que justificaran tal discriminación, indicando que esta posición fue reiterada por el Consejo de Estado bajo el argumento de que no existe razón alguna para instaurar una diferenciación prestacional y salarial entre los empleados del orden territorial y los de orden nacional, pues con ello se desconocen derechos constitucionalmente reconocidos con el derecho a la igualdad. (fl. 162 vuelto)

Recalcó, que la entidad demandada omitió hacer el reconocimiento y ordenar el pago en sede administrativa, del subsidio de alimentación y la prima de servicios correspondiente a los años 2010, 2011 y 2012, así como la respectiva reliquidación de las prestaciones sociales causadas en dicho periodo con ocasión de los nuevos factores salariales que se debían reconocer a favor de la demandante.

Así mismo, reiteró que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la dotación de vestido y calzado ya que prestó sus servicios a la ESE durante los años 2010 a 2012 devengando una asignación básica inferior a 2 SMLMV. (fls. 181 a 184)

Por su parte la **ESE Gámeza Municipio Saludable**, en esta oportunidad procesal, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y agregó que la parte demandante no desvirtuó la presunción de legalidad del acto enjuiciado, porque se expidió con estricta sujeción al ordenamiento jurídico.

De igual manera señaló, que en el plenario se acreditó que a la señora ROCIO DEL PILAR SALAMANCA se le entregaron dotaciones para los años 2010 y 2011, por lo tanto, en el evento en que se llegare a probar que se le adeudan sumas de dinero por dicho concepto, no se puede pretender que su pago se realice en las proporciones solicitadas en el escrito de demanda.

Agregó, que conforme a la sentencia proferida el día 12 de noviembre de 2015, por el Juzgado Segundo Oral de Duitama en donde se condenó a la E.S.E., al pago de 5 dotaciones en el año 2010, una en el 2011 y 3 en el 2012, se extrae que la ESE., si debe dotaciones pero en la proporción reclamada, por tanto, solicita se deniegue la pretensión de las dotaciones en la proporción solicitada. (fls. 174 a 178)

8. PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si la señora ROCIO DEL PILAR SALAMANCA si en calidad de empleada pública del orden territorial al servicio de la ESE Gámeza Municipio Saludable, le asiste el derecho al reconocimiento y pago del subsidio de alimentación, dotaciones y prima de servicios desde el mes de enero de 2010 hasta el 28 de diciembre de 2012, junto con la reliquidación de todas y cada una de las acreencias laborales canceladas a su favor.

9. NORMATIVIDAD APLICABLE

El régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, se encuentra sujeto a reserva de Ley tal como lo establece el literal e) numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política.

En virtud de lo anterior, el Congreso expidió la Ley 4ª de 1992 "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." Normativa que en su artículo 12 precisó:

"El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.

En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.

PARÁGRAFO. El Gobierno señalará el límite máximo **salarial** de estos servidores guardando **equivalencias con cargos similares en el orden nacional.**" (Negrilla nuestra)¹

En aplicación de esta norma, el Presidente de la República expidió el Decreto 1919 del 27 de agosto de 2002 "Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial."

En el artículo 1º del citado Decreto, los empleados vinculados o que se vinculen a las entidades del sector descentralizado de la rama ejecutiva de los niveles departamental, distrital y *municipal*, a las asambleas departamentales, a los concejos distritales y municipales, *gozarán del régimen de prestaciones sociales previsto para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional y en su inciso segundo se señaló, las prestaciones sociales serán liquidadas conforme a los factores para ellos establecidos.* El mencionado Decreto, fue estudiado en por el Consejo de Estado, considerándolo conforme al orden legal².

De conformidad con lo anterior, es pertinente realizar un recuento de la naturaleza de cada uno de los emolumentos solicitados en la demanda y seguido ello establecer si la demandante tiene derecho a tal reconocimiento, para lo cual se realizará el siguiente análisis:

i) **Subsidio de alimentación**

En principio el artículo 3º del Decreto 2477 de 1973, creó el subsidio de alimentación, para los empleados nacionales, entendido este como un auxilio dinerario, que se otorga al trabajador como retribución de la prestación de su servicio, consistente en el pago habitual y periódico de una suma de dinero

¹ Artículo declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-315-95 de 19 de julio de 1995, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz: "... siempre que se entienda que las facultades conferidas al gobierno se refieren, en forma exclusiva, a la fijación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales, al régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales territoriales y al límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales ...".

² Ver las siguientes providencias: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE. Sentencia del 19 de mayo de 2005. Radicación número: 11001-03-25-000-2002-0211-01(4396-02). Actor: LUIS EDUARDO CRUZ PORRAS. Acumulados Nos. 1100103250002002020901 (4333-02), actor AUGUSTO GUTIÉRREZ Y OTROS; 1100103250002002021301 (4406-02), actor ENRIQUE GUARÍN ÁLVAREZ; y 1100103250002002023001 (4767-02), actor PABLO EMILIO ARIZA MENESES Y OTROS).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: JAIME MORENO GARCÍA. Sentencia del 17 de noviembre de 2005. Radicación número: 11001-03-25-000-2002-00215-01(4456-02). Actor: LUIS ALEJANDRO VEGA VEGA. Demandado: GOBIERNO NACIONAL.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: JAIME MORENO GARCÍA. Sentencia del 17 de noviembre de 2005. Radicación número: 11001-03-25-000-2003-00079-01(0375-03). Actor: JOSÉ DUVÁN JARAMILLO RAMÍREZ. Demandado: GOBIERNO NACIONAL.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: JAIME MORENO GARCÍA. Sentencia del 17 de noviembre de 2005. Radicación número: 11001-03-25-000-2002-00244-01(5003-02). Actor: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO. Demandado: GOBIERNO NACIONAL.

destinada a la provisión de alimento. Posteriormente, el Decreto 165 de 1971, amplió dicho beneficio a los supernumerarios y finalmente, el artículo 51 del Decreto 1042 de 1978, reafirmó dicha prestación para los empleados nacionales.

A pesar de que el subsidio de alimentación fue concebido para los empleados del orden nacional, el Consejo de Estado³ ha precisado que al no reconocer dicho beneficio a los empleados del orden **territorial** se desconoce el derecho a la **igualdad**, pues no existe razón alguna para establecer una distinción entre estas clases de servidores públicos, dado que sus regímenes salariales y prestacionales son de carácter ordinario, es decir, sin ningún tipo de beneficios especiales que justifiquen la diferenciación.

Entonces, dado que el Gobierno Nacional es el encargado de señalar el límite máximo salarial de los servidores públicos de las entidades territoriales guardando las equivalencias con los cargos similares en el orden nacional, a partir del año 2007, inició un proceso tendiente a restablecer homogéneamente el régimen salarial nacional establecido en el Decreto 1042 de 1978 a los empleados territoriales, dentro de los cuales se incluyó el subsidio de alimentación.

Así pues, en los Decretos expedidos anualmente por el Gobierno se establecen los requisitos que deben acreditar los empleados territoriales para el reconocimiento y pago del subsidio de alimentación, a saber: i) el servidor público tiene que devengar una asignación básica mensual no superior a la señalada en el Decreto correspondiente al año en que se encuentre laborando; ii) que esté prestando sus servicios a la entidad, motivo por el cual cuando el empleado se encuentre en vacaciones, licencia o sea objeto de suspensión no habrá lugar al reconocimiento del subsidio, ni mucho menos, cuando la administración suministre los alimentos a los empleados.

En este orden, la entidad territorial podrá reconocer dicho beneficio observando los requerimientos señalados en los Decretos que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

ii) **Dotaciones**

El artículo 1º de la Ley 70 de 1988, estableció respecto del suministro de calzado y vestido de labor para los empleados del sector público, que trabajaran al servicio de Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales Oficiales y Sociedades de Economía Mixta, que tendrían derecho a que la entidad en la que laboraban les suministrara cada 4 meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un vestido de labor, siempre que su remuneración mensual fuera inferior a 2 veces el salario mínimo legal. Esta prestación se reconocería al empleado oficial que hubiere cumplido más de 3 meses al servicio.

Posteriormente el Decreto 1978 de 1989 extendió tal beneficio a los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades territoriales, señalando que los trabajadores permanentes vinculados mediante relación legal y reglamentaria o por contrato de trabajo, al servicio de los Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta tanto en el orden nacional como en las entidades **territoriales**.

³ Providencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil siete (2007), Radicación número: 15001-23-31-000-2000-02693-01(7528-05), Consejero ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado.

Tendrán derecho a que la respectiva entidad les suministre en forma gratuita, cada cuatro meses, un par de zapatos y un vestido de trabajo. De igual manera, precisó que se reconocería dicho subsidio al empleado oficial que hubiere cumplido más de 3 meses al servicio de la entidad empleadora.

iii) Prima de servicios

En lo concerniente a la prima anual de servicios, es de caso señalar 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 aquella siendo equivalente a quince (15) días de remuneración, que se pagará en los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año.

A su turno, el artículo 42 del citado estatuto, prevé 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. Acto seguido, el precitado artículo enlista los factores que constituyen salario, dentro de los cuales encontramos los gastos de representación, la prima técnica, la **prima de servicio**, entre otros.

Ahora bien, pese a que 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 entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, en el caso de la prima de servicios dicho factor no puede ser aplicado o reconocido a los empleados del orden territorial por remisión del artículo en mención, dado que dicha acreencia laboral tiene una connotación salarial y no prestacional.

Así pues se colige que en este caso la prima de servicios representa un concepto de tipo salarial, más no prestacional, razón por la cual resulta inadecuado darle la connotación que pretende con la aplicación del Decreto 1919 de 2002, dado que este último lo que hace es regular el régimen prestacional de los empleados territoriales, en los mismos términos de los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional.

En este punto es del caso reiterar que no es posible la inaplicación de la expresión "del orden nacional", de que trata el Decreto 1042 de 1978, como quiera que la Corte Constitucional, en sentencia **C-402/13**, con ponencia del Magistrado doctor Luis Ernesto Vargas Silva, estableció la **improcedencia del juicio de igualdad respecto de regímenes salariales disímiles**, razón por la cual, declaró la exequibilidad de la expresión "del orden nacional" del artículo 1º del Decreto 1042 de 1978. Veamos:

"(...) 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",

10. CASO CONCRETO

Del acervo probatorio obrante en el expediente, se encuentra acreditado que la señora ROCIO DEL PILAR SALAMANCA, radicó el 06 de marzo de 2013 petición ante la ESE Gámeza Municipio Saludable, solicitando el reconocimiento y pago acreencias laborales a saber: subsidio de alimentación, dotaciones y prima de servicios, a partir del mes de enero de 2010 hasta el 28 de diciembre de 2012, junto con la reliquidación de todas y cada una de las prestaciones sociales canceladas durante el tiempo en que estuvo vinculada a la ESE referenciada, incluyendo para el efecto los factores anteriormente mencionados. (fl.12-12)

Que la demandante durante el periodo reclamado, devengó los salarios que se relacionan a continuación: para el año 2010, la suma de \$515.000 mensuales, para el año 2011, la suma de \$535.600 mensuales y para el año 2012 la suma de \$566.700 mensuales, según certificación expedida por la Tesorera de la ESE Gámeza Municipio Saludable, que se observa a folio 18 del expediente.

Se advierte que durante esos mismos periodos laborales, la demandante disfrutó de vacaciones que le fueron compensadas en dinero, tal como consta en la certificación emitida el 1º de abril de 2013 por la Gerente de la ESE demandada (fl.20) ni disfrutó de licencia alguna, ni fue suspendida en el ejercicio de su cargo, según certificación proveniente de la misma fuente y fecha (fl. 21)

Subsidio de alimentación

Dado que la demandante en el periodo comprendido entre el mes de enero de 2010 al 28 de diciembre de 2012, percibió como salario básico una suma inferior a \$570.000, tal como consta a folio 18 del expediente, suma que es inferior a los topes señalados en las normas que regulan la prestación y por lo tanto se advierte en el presente caso, le asiste el derecho a percibir el subsidio de alimentación, de conformidad con lo dispuesto en los Decretos 1397 del 26 de abril de 2010⁴, 1048 del 4 de abril de 2011⁵ y 840 del 25 de abril de 2012⁶, como quiera que el salario que devengó no sobrepasó los topes establecidos en las normas en cita

⁴ ARTÍCULO 4º. 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 un millón ciento cincuenta y seis mil veintitrés pesos (\$1.156.023) moneda corriente, será de cuarenta y un mil doscientos veintiún pesos (\$41.221) moneda corriente mensuales o proporcional al tiempo servido, pagaderos por la respectiva entidad, sujeto a la disponibilidad presupuestal. No se tendrá derecho a este subsidio cuando el respectivo empleado disfrute de vacaciones, se encuentre en uso de licencia, suspendido en el ejercicio de sus funciones o cuando la entidad suministre alimentación a los empleados que conforme a este artículo tengan derecho al subsidio.

⁵ ARTÍCULO 10º. 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 un millón ciento noventa y dos mil seiscientos sesenta y nueve pesos (\$1.192.669) moneda corriente, será de cuarenta y dos mil quinientos veintiocho pesos (\$42.528) moneda corriente mensuales o proporcional al tiempo servido, pagaderos por la respectiva entidad, sujeto a la disponibilidad presupuestal.

No se tendrá derecho a este subsidio cuando el respectivo empleado disfrute de vacaciones, se encuentre en uso de licencia, suspendido en el ejercicio de sus funciones o cuando la entidad suministre alimentación a los empleados que conforme a este artículo tengan derecho al subsidio.

⁶ Artículo 10. 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 un millón doscientos cincuenta y dos mil trescientos tres pesos (\$1.252.303) moneda corriente, será de cuarenta y cuatro mil seiscientos cincuenta y cinco pesos (\$44.655) moneda corriente mensuales o proporcional al tiempo servido, pagaderos por la respectiva entidad, sujeto a la disponibilidad presupuestal.

No se tendrá derecho a este subsidio cuando el respectivo empleado disfrute de vacaciones, se encuentre en uso de licencia, suspendido en el ejercicio de sus funciones o cuando la entidad suministre alimentación a los empleados que conforme a este artículo tengan derecho al subsidio.

Por lo tanto se ordenará reconocer y pagar a la demandante las siguientes sumas de dinero mensuales, por concepto de **subsidio de alimentación**, en atención a que durante dicho lapso le fueron compensadas en dinero las vacaciones a que tenía derecho y no fue suspendida, ni tampoco fue objeto de licencia alguna por parte de la entidad, a saber:

2010, la suma de \$41.221 mensuales
2011, la suma de \$42.528 mensuales
2012 la suma de \$44.655 mensuales,

No sobra precisar que el argumento expuesto por la entidad demanda para negar el reconocimiento del subsidio de alimentación, concerniente a la exigencia previa de contar con la disponibilidad presupuestal requerida para ello, no está llamado a prosperar como quiera que su existencia no es indispensable para que se realice el reconocimiento del subsidio conforme a la ley, pues la legalidad de la erogación es distinta del título que otorga el derecho, por cuanto basta con la sola existencia de la norma que lo crea y el cumplimiento de los requisitos para ser acreedor del mismo, hacen imperativa la inclusión en las partidas presupuestales, sin que ello sea excusa para omitir el cumplimiento de su reconocimiento.

Dotaciones

Frente al reconocimiento y pago de las **dotaciones** el Juzgado precisa que la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el valor de un par de zapatos y un vestido de labor, por cada 4 meses de periodo laborado, como quiera que prestó sus servicios desde el 2 de enero de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2012, como señala la demanda (fl.4) y acepta la contestación de la misma (fl.82), que la remuneración mensual que percibió en los años 2010, 2011 y 2012 no sobrepasó del doble del salario mínimo legal establecido para la época.

Así pues, dado que en el expediente se encuentran las planillas de entrega de dotaciones al personal de planta de la entidad demandada para los años 2010 y 2011, documento en el que figura que a la señora ROCIO DEL PILAR SALAMANCA le entregaron 2 dotaciones por cada año laborado (fls. 179 y 180), se infiere, que la demandante tiene derecho a que se le reconozca la entrega de una tercera dotación para el año 2010 y otra para el 2011, respectivamente, por el valor que certifique la Tesorera de la ESE Gámeza Municipio Saludable, para los periodos señalados, pues no consta dicho valor dentro del expediente.

En lo que respecta a las **dotaciones del año 2012**, se dirá, que la señora ROCIO DEL PILAR SALAMANCA tiene derecho al reconocimiento y pago de tres (3) dotaciones, pues la entidad demandada, no registró pago por dicho concepto, pese a que la demandante laboró durante todo el año. En este orden, para calcular el valor de cada par de zapatos y vestuario de labor a que tiene derecho, se tendrá en cuenta el valor que certifique la Tesorera de la ESE Gámeza Municipio Saludable.

No sobra precisar que las dotaciones se tienen que entregar en especie durante el vínculo laboral, sin embargo en aquellos eventos en que se hubiere producido el retiro definitivo del servicio, sin que el empleador haya realizado este suministro, resulta procedente el reconocimiento en dinero a título de indemnización.

Prima de servicios

En lo que respecta al reconocimiento y pago de la **prima de servicios** encuentra el Despacho que la acreencia solicitada, constituye un emolumento definido como

“factor de salario” en los términos del artículo 42 y 58 del Decreto 1042 de 1978, la cual de acuerdo con la lectura integral de las normas en mención, es reconocida por el empleador a los funcionarios bajo la condición de que éste último haya completado un año de labores, es decir, con las características de **retribución por el servicio prestado y habitualidad en su percibimiento**.

Sobre la naturaleza de la prima de servicios, la Sección Segunda del Consejo de Estado en providencia de noviembre 25 de 2010, radicado interno 1780-2008, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, precisó:

“La prima de servicio a su vez, **también es un factor salarial**. Surgió de las facultades que el Congreso le dio al ejecutivo mediante la Ley 5 de 1978. Su regulación actual está contenida en el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 y consiste en el reconocimiento de una suma anual de 15 días de remuneración, pagadera los primeros días del mes de julio de cada año. Esta prima tiene reconocimiento proporcional cuando el empleado se retira del servicio siempre y cuando, lo haya prestado por lo menos por seis meses. De la misma manera, se reconoce cuando el funcionario ha pasado de una entidad a otra, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio. Fue concebida inicialmente para los funcionarios de la rama ejecutiva.

Puede concluirse entonces, **que estas sumas recibidas habitualmente hacen parte del salario porque se tienen como retribución al trabajador por su servicio y constituye un ingreso personal del trabajador.**”

De conformidad con lo anterior, se concluye que la naturaleza de la prima de servicios, es eminentemente **salarial**, porque es un estímulo o contraprestación que se otorga a los empleados por los servicios prestados a la entidad, y no para cubrir una contingencia, riesgo o infortunio a la que pudiera verse sometido el trabajador, para pensar que encaja dentro de las denominadas prestaciones sociales.

Así pues, no se vislumbra que la referida prima se hubiese creado con un fin diferente al de retribuir el servicio como para despojarle el carácter salarial que realmente tiene. Además, se infiere que la misma no pretende compensar las especiales circunstancias en que el empleado presta el servicio a la entidad para que ostente una naturaleza prestacional, razón por la cual resulta inadecuado darle la connotación que pretende la actora con la aplicación del Decreto 1919 de 2002, dado que este último lo que hace es regular el régimen prestacional, más no salarial, de los empleados territoriales, pues tan sólo equiparó el régimen prestacional de éstos en los mismos términos de los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden **nacional**.

Dado que la demandante terminó su vínculo laboral con la ESE Gámeza Municipio Saludable el 31 de diciembre de 2012 y que el Gobierno Nacional creó la prima de servicios para los empleados del orden territorial mediante el Decreto 2351 del 20 de noviembre de 2014, se infiere sin lugar a dudas que solo a partir de esa fecha y no antes le asiste el derecho a la demandante de reconocimiento y pago de la prima de servicios. En consecuencia, las pretensiones concernientes al reconocimiento de la prima de servicios no están llamadas a prosperar, como antes se expuso.

Reliquidación de prestaciones sociales canceladas

De contera, como quiera a la señora ROCIO DEL PILAR SALAMANCA solicita la reliquidación y pago de cada una de las prestaciones sociales canceladas por la entidad demandada durante el mes de enero de 2010 hasta el 28 de diciembre de 2012, como se pide en la demanda, el Juzgado realizará el siguiente análisis:

Obra certificación suscrita por la Tesorera de la ESE Gámeza Municipio Saludable (fl.19), en la que consta que a la demandante durante los tres últimos años de prestación de servicios le cancelaron prima de navidad, cesantías e intereses sobre las cesantías. Entonces dado que el artículo 33⁷ y 45⁸ del Decreto 1045 de 1978, por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, normativa que corresponde aplicar en el presente caso por cuanto el Decreto 1919 de 2002 señaló que los empleados territoriales tienen derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales en iguales condiciones a los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional - enlista el subsidio de alimentación dentro de los factores salariales a tener en cuenta para calcular la prima de navidad y las cesantías, por lo tanto se ordenará la reliquidación de las prestaciones mencionadas incluyendo para el efecto, el subsidio de alimentación reconocido a la demandante dentro de la presente providencia

11. DE LA PRESCRIPCION

La prescripción de derechos en el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, según el Decreto 3135 de 1968, prescriben en 3 años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

En este orden, el subsidio de alimentación para el año señalado se reconocerá a partir del 5 de marzo de 2010 como quiera que el emolumento causado con anterioridad a esa fecha, se encuentra prescrito, porque la demandante elevó la petición en ese sentido, el 5 de marzo de 2013. (fl. 12) Igual suerte sigue la reliquidación de las prestaciones sociales se debe realizar durante todo el periodo de desempeño, empero el derecho a la liquidación y pago de las diferencias que resultan se aplica a partir del 5 de marzo de 2010, como quiera que los derechos prestacionales causados con anterioridad a esa fecha, se encuentran **prescritos**. Así mismo la reliquidación de los intereses sobre las cesantías causados desde el 05 de marzo de 2010 al 28 de diciembre de 2012.

⁷ Artículo 33º.- De los factores de salario para liquidar la prima de navidad. Para el reconocimiento y pago de la prima de navidad se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

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

⁸ Artículo 45º.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

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

12. INDEXACION

Efectuada la nueva liquidación, los valores reconocidos se ajustarán de conformidad con el artículo 187 del CPACA, desde el momento en que se hicieron exigibles hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, aplicando la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que corresponde a la diferencia resultante reclamada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE -vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia-, sobre el índice inicial -vigente a la fecha en que debió realizarse el pago.

Por lo anterior, este Despacho declarará la nulidad parcial del Oficio sin numerar emitido el 1º de abril de 2013 por la Gerente de la ESE Gámeza Municipio Saludable, en lo que respecta a los numerales 1º, 2º, 8º y 10º, por cuanto se desvirtuó parcialmente la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, al no reconocer el subsidio de alimentación, las dotaciones y la reliquidación de las prestaciones sociales canceladas a la demandante, incluyendo para el efecto, el subsidio de alimentación al cual tenía derecho, tal como se explicó a lo largo de esta providencia.

13. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Teniendo en cuenta que las pretensiones prosperan de forma parcial el Despacho **no impondrá** condena en costas de conformidad con el numeral 5 del Art. 365, suerte que siguen también las agencias en derecho, por cuanto se declara la nulidad parcial del acto enjuiciado y solicitado, y además se ordena el restablecimiento del derecho, sin embargo también es cierto que no se ordena reconocer, pagar y liquidar la prima de servicios solicitada en la demanda y se declara la prescripción.

En este aspecto, en el presente asunto se corrige el precedente horizontal emitido por este Despacho fallos emitidas en casos similares, por cuanto se obedece y aplica el criterio aducido por el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, el cual surge de la norma en cita.

14. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero.- Declarar la **nulidad parcial** del Oficio sin número de fecha 1º de abril de 2013 dirigido a ROCIO DEL PILAR SALAMANCA CRISTANCHO, proferido por la Gerente de la ESE Gámeza Municipio Saludable, en lo que respecta a los numerales 1º, 2º, 8º y 10º por lo expuesto en la presente providencia.

Segundo.- Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la ESE Gámeza Municipio Saludable a reconocer y pagar las siguientes acreencias laborales a favor de la señora ROCIO DEL PILAR SALAMANCA CRISTANCHO identificada con C.C.No. 23.956.966:

- a) **Subsidio de alimentación:** A partir del a partir del 5 de marzo de 2010, la suma mensual de \$41.221 mensuales, liquidando de manera proporcional el auxilio señalado durante el tiempo que la demandante disfrutó de las vacaciones concedidas por la entidad y para el año 2011, la suma de \$42.528 mensuales y para el año 2012 la suma de \$44.655 mensuales.
- b) **Dotaciones:** La suma correspondiente a una dotación para el año 2010, una dotación para el año 2011 y la suma correspondiente al valor de las tres dotaciones a que tiene derecho la demandante para el año 2012, conforme al valor que certifique la Tesorera de la ESE Gámeza Municipio Saludable, para cada uno de los años enunciados.
- c) Realizar la **reliquidación** las prestaciones sociales canceladas a la demandante, a saber: prima de navidad y cesantías, incluyendo para el efecto, los valores reconocidos en esta providencia por concepto de subsidio de alimentación desde el 5 de marzo de 2010 al 28 de diciembre de 2012. Igualmente, se dispone la reliquidación de los intereses sobre las cesantías causados durante el mismo periodo

Tercero.- Declarar de oficio la **prescripción**, de los valores reconocidos por concepto de subsidio de alimentación y reliquidación de la prima de navidad, cesantías e intereses sobre las cesantías causados con anterioridad al **5 de marzo de 2010**, de conformidad con lo dispuesto en la presente providencia.

Cuarto.- Las sumas que resulten a favor de la parte demandante, se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor, de conformidad con lo reglado en el artículo 187 del CPACA, dando aplicación a la formula señalada en la parte motiva de la providencia.

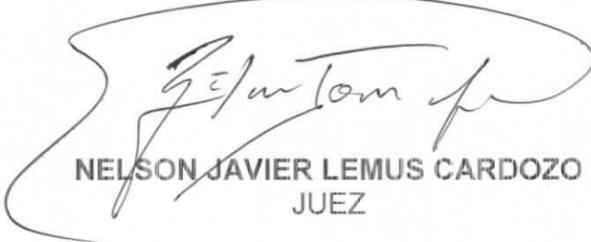
Quinto.- La presente sentencia deberá ser cumplida en los términos de los artículos 192, 194 y 195 del CPACA.

Sexto.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

Séptimo.- Sin costas en esta instancia.

Octavo.- En firme esta providencia archívese el expediente, previo cumplimiento de lo dispuesto en el inciso final del artículo 192 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ