



Sentencia 00258 de 2018 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., primero (1) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Rad. No.: 08001-23-33-000-2014-00258-01 (0216-2016)

Accionante: FRANCIBEL DEL CARMEN BARROS VENGOECHEA

Accionado: DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO - INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE RECREACIÓN Y DEPORTES DEL ATLÁNTICO - INDEPORTES

Asunto: Ley 1437 de 2011.

SE. 0039

La Sala de Subsección A decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 4 de junio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las súplicas de la demanda presentada por la señora FRANCIBEL DEL CARMEN BARROS VENGOECHEA en contra de INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE RECREACIÓN Y DEPORTES DEL ATLÁNTICO - INDEPORTES.

I. ANTECEDENTES

1.1.- PRETENSIONES¹

La señora FRANCIBEL DEL CARMEN BARRIOS VENGOECHEA por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó:

«1. Declare la nulidad del Acto negativo presunto o ficto, proferido por el señor gobernador del departamento del atlántico, a través del cual se entiende negada la petición elevada por la señora FRANCIBEL DEL CARMEN BARROS VENGOECHEA, como funcionaria de Instituto Departamental de Recreación y Deporte del Atlántico (Indeportes), realizada agosto 12 de 2013 radicado bajo el número 20130500335342.

2. Declare la nulidad del Acto administrativo de fecha 25 de Octubre de 2013, con fecha de recibido 29 de octubre de 2013, proveniente del Instituto Departamental de Recreación y Deporte del Atlántico (Indeportes)

3. Como consecuencia de las. declaraciones solicitadas y a título de restablecimiento del Derecho, se conmine a las convocadas INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE RECREACIÓN Y DEPORTE DEL ATLÁNTICO (INDEPORTES) GOBERNACION DEL ATLANTICO (sic), a reconocerle y cancelarle la bonificación por servicios prestados a la señora FRANCIBEL DEL CARMEN BARROS VENGOECHEA, como servidora pública, tal como lo establece los decretos 1042 de 1978 y 1919 de 2002.

4. E igualmente a título de restablecimiento de Derecho se reliquiden las prestaciones sociales tales como: prima de navidad, prima de vacaciones, cesantías e interés de cesantías.

5. Actualicen los valores condenados de acuerdo al índice de precios al consumidor con sus respectivos intereses.

6. Condenar en costa y agencias en derecho.»

1.2. HECHOS²

La señora FRANCIBEL DEL CARMEN BARROS VENGOECHEA fue nombrada en el INDEPORTES mediante Resolución No. 0014 de 24 de enero de 2005 en el cargo de secretaria código 540, grado 08 y nunca se le ha cancelado la bonificación por servicios que consagra el Decreto 1042 de 1978.

El 12 de agosto de 2013, solicitó a la Gobernación del Atlántico el pago de la bonificación precitada, quienes remitieron la petición a INDEPORTES, los que a su vez, mediante Comunicado de 25 de octubre de 2013, negaron lo pretendido por considerar que la materia para fijar los salarios de los empleados territoriales corresponde a la asamblea departamental y a los concejos municipales.

1.3.- DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN³

Se invocó en la demanda la violación de las siguientes disposiciones normativas: artículos 2º, 4º, 13, 150, 287 y 305 de la Constitución Política; Ley 4º de 1992; Decreto 1042 de 1978; Decreto 1919 de 2002; Decreto 1374 de 2010 y artículo 9º del Decreto 708 de 2009.

Como concepto de violación, el apoderado de la demandante indicó que el Decreto 1919 de 2002 homologó las prestaciones de los empleados del orden nacional a los del orden territorial, por lo que le asiste derecho a que se le aplique el régimen de prestaciones sociales establecido en el Decreto 1042 de 1978.

1.4.-CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁴

INDEPORTES, mediante apoderado, rindió informe y se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, por cuanto la entidad se encuentra al día en el pago de las prestaciones sociales de la demandante.

Manifestó que el Decreto 1919 de 2002 equiparó las prestaciones sociales a los empleados públicos del orden territorial con los del orden nacional, pero no extendió los factores salariales.

Propuso las siguientes excepciones:

- Inexistencia de la obligación
- Caducidad
- Cobro de lo no debido
- Falta de legitimidad en la causa
- Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendida
- Prescripción

1.5.- LA SENTENCIA APELADA⁵

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia de 4 de junio de 2015, negó las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora BARROS VENGOECHEA.

Señaló que existe una regulación expresa por parte de la Constitución Política en la que se faculta al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial de los servidores públicos, de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con base en la cual se pueden excluir de su regulación a los empleados del nivel territorial, toda vez que cada entidad tiene la facultad de determinar los aspectos concretos de su régimen salarial, conforme con la autonomía que les ha sido reconocida por un mandato constitucional, de manera que consideró claro que se podía marcar una diferencia entre los regímenes del nivel nacional y territorial.

Asimismo, sostuvo que exigir que el Decreto 1042 de 1978 tuviese alcance para los servidores públicos del orden nacional y territorial, configuraría un exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas para la expedición de dicha norma jurídica.

1.6.- LA APELACIÓN⁶.

Contra la decisión anterior, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación y reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

1.7. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

1.7.1. El apoderado de la señora FRANCIBEL DEL CARMEN BARROS VENGOECHEA⁷ alegó de conclusión y manifestó que el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades reconoció a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional en aras de proteger el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución Política.

1.7.2. La parte demandada guardó silencio.⁸

1.8.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁹.

El ministerio público solicitó guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala de Subsección a decidir previas las siguientes consideraciones.

2.1.- PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los argumentos expuestos en la sentencia apelada y los que fundamentaron el recurso de, apelación presentado por la parte demandante, le corresponde a la Sala de la Subsección determinar si la señora FRANCIBEL DEL CARMEN BARRROS VENGOECHEA tiene derecho a la bonificación por servicios que consagra el Decreto 1042 de 1978.

En ese sentido, con el fin de resolver el problema jurídico, la Sala de decisión estudiará las pruebas obrantes en el expediente frente al marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso.

2.2.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE AL CASO

2.2.1.- DE LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS

El Decreto 1042 de 1978¹⁰ en su artículo 45 creó la bonificación por servicios en los siguientes términos:

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

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. (...)"

Esta bonificación se reconoce al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial, y conforme al artículo 9° del Decreto 660 de 2002¹¹ es equivalente al 50% del valor conjunto de su asignación básica, los incrementos por antigüedad y los gastos de representación, que correspondan al funcionario en la fecha en que se cause el derecho a percibirla.

2.2.2. INAPLICACIÓN DE LA EXPRESIÓN «DEL ORDEN NACIONAL» CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1 ° DEL DECRETO 1042 DE 1978

Respecto de la inaplicación de la expresión dispuesta en el artículo 1° del Decreto 1042 de 1978, la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación, en sentencias reiteradas¹² ha señalado lo siguiente:

«La Corte Constitucional en la sentencia C-402 del 3 de julio de 2013¹³ declaró la exequibilidad de la expresión «del orden nacional» contenida en el artículo 1 del Decreto 1042 de 1978, que por vía de excepción de inconstitucionalidad el Consejo de Estado venía inaplicando¹⁴ por estimar que vulneraba el derecho a la igualdad consagrado en el art. 13 de la Carta Política, y se tornaba factible el reconocimiento de factores salariales dispuestos en el Decreto 1042 de 1978 a empleados públicos del orden territorial.

La sentencia de exequibilidad de la Corte Constitucional es posterior a todas las providencias del Consejo de Estado que constituían en cierta medida un precedente sobre la materia, con lo cual quedó zanjada la discusión, pues conforme al artículo 243 Superior «los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional».

En la parte resolutive de la sentencia C-402 de 2013 se decidió:

Declarar EXEQUIBLES, por los cargos analizados en esta sentencia, las siguientes expresiones contenidas, en el Decreto 1042 de 1978 "por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

1. «del orden nacional», contenida en el artículo 1.

2. «a quienes se aplica este Decreto», contenida en el artículo 31.

3. «para los funcionarios a que se refiere el artículo 1» y «de los enumerados en el artículo 1 de este Decreto», contenidas en el artículo 45.

4. «por la ley», prevista en el artículo 46.
5. «a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto», prevista en el artículo 50:
6. «señaladas en el artículo 1 de este Decreto», indicada en el artículo 51.
7. «Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto», contenida en el artículo 58.
8. «a que se refiere el presente decreto», prevista en el artículo 62.

Dejó la Corte Constitucional claramente despejado que los cargos por los cuales se acusaron los anteriores preceptos del mencionado decreto¹⁵, en realidad no comportan una discriminación entre los empleados públicos del orden nacional con respecto de los del nivel territorial, y para lo cual consideró:

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 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, así se trata de empleos del orden nacional o territorial.

[...]

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.

Así las cosas, para la Sala resulta claro que al ser la Corte Constitucional la que decidió declarar exequible la expresión «del orden nacional» contenida en el Decreto 1042 de 1978, que en diversos fallos el Consejo de Estado venía inaplicando con fundamento en los artículos 4 y 13 de la Constitución Política, no se requiere de mayores razonamientos para establecer que lo procedente es entender que el régimen salarial establecido por el aludido decreto, dentro del cual figuran la bonificación por servicios prestados y la prima de antigüedad, son de aplicación exclusiva de los empleados del orden nacional.»

2.3. CASO CONCRETO

1 De conformidad con el marco normativo y jurisprudencia! expuesto, la Sala de Subsección resolverá el problema jurídico planteado, para lo cual se tendrán como pruebas útiles, pertinentes y conducentes las siguientes:

- Resolución No. 0014 de 24 de enero de 2005, por medio de la cual se nombra a la señora FRANCIBEL DEL CARMEN BARROS VENGOECHEA en el cargo de SECRETARIA, Código 540, Grado 19, en cumplimiento de una sentencia judicial.
- Petición de 9 de agosto de 2013, presentada por la señora FRANCIBEL DEL CARMEN BARROS VENGOECHEA ante INDEPORTES, donde solicitó el pago de las bonificaciones por servicios prestados y se reajusten las demás prestaciones sociales.
- Petición de 12 de agosto de 2013, presentada por la señora FRANCIBEL DEL CARMEN BARROS VENGOECHEA ante la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO, donde solicitó el pago de las bonificaciones por servicios prestados y se reajusten las demás prestaciones sociales.

- Comunicación de 25 de octubre de 2013, suscrita por la directora (e) de INDEPORTES, que responde a la petición presentada por la demandante el 9 del mismo mes y año.

De las pruebas relacionadas, la Sala de Subsección evidencia que la señora BARROS VENGOECHEA no tiene derecho al reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados, como quiera que si bien el Decreto 1919 de 2002 extendió el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional a los del orden territorial, el Decreto 1042 de 1978 establece que la bonificación por servicios es un factor salarial, lo que significa que aun desde antes del Decreto 1919 no tenía sustento alguno el reconocimiento y pago de estos factores salariales a empleados públicos del nivel territorial.

Al respecto, esta Sala de Subsección, en sentencia¹⁶ de 17 de diciembre de 2017, ha señalado

«2.3.3. Respecto de la excepción de Inconstitucionalidad de la expresión «del orden nacional» del artículo 1° del Decreto 1042 de 1978 se tiene lo siguiente:

Del análisis del material probatorio obrante en el expediente, se encuentra que la actora solicitó el análisis de la excepción de inconstitucional en la etapa de los alegatos de conclusión de primera instancia, momento procesal improcedente para su análisis, debido a que la decisión de juez de primera instancia está circunscrita a los argumentos expuestos en la demanda y en su contestación. Desconocer tales postulados van desmedro del derecho de defensa y contradicción de la contraparte, como bien lo precisó el a quo.

A pesar de lo anterior la parte actora en su recurso de apelación y en sus alegatos ante esta instancia, de nuevo solicitó inaplicar la aludida expresión a través de la excepción de inconstitucionalidad, basado en el hecho de que esta Corporación en anteriores oportunidades ha dispuesto el reconocimiento de bonificación por servicios y prima de antigüedad para empleados públicos del orden territorial por esa vía.

Sobre el particular, se tiene que no puede estimarse que la expresión «del orden nacional» vulnera el derecho a la igualdad con el fin de hacer extensivos los factores salariales deprecados a los empleados del orden territorial, pues al haber sido declarada exequible dicha expresión contenida en el artículo 1.0 del Decreto 1042 de 1978, los factores salariales de los empleados públicos a nivel nacional y territorial no se encuentran en un mismo plano de igualdad, y por ende no puede pregonarse en el sub lite un desconocimiento del artículo 13 de la Constitución Política.

Es preciso señalar que en oportunidades anteriores esta Corporación, inaplicó la expresión «del orden nacional» y en consecuencia reconoció los factores salariales contemplados en el Decreto 1042 de 1978 a empleados del orden territorial, lo cierto es que son anteriores a la sentencia C-402 del 3 de julio de 2013 y, en razón a ello, era posible que se hubiera utilizado tal mecanismo; sin embargo ello no es legalmente posible hacerlo en decisiones que se deban proferir con posterioridad a la sentencia de constitucionalidad emitida por la Corte Constitucional, como ocurre en el sub examine, porque la discusión sobre el tema quedó culminada, de suerte que no se estaría desconociendo precedente alguno, y por ende no hay lugar a acceder a las súplicas por la vía de inaplicar la tantas veces aludida expresión.»

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las súplicas de la demanda interpuesta por la señora BARROS VENGOECHEA contra INDEPORTES.

2.4.- DE LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA¹⁷

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho¹⁸, los llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso¹⁹ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

En cuanto a la condena en costas en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo este Despacho y la Corporación ya lo ha analizado con detenimiento²⁰, Atendiendo esa orientación y de acuerdo con la posición fijada por esta Subsección, si bien la demandante resulta vencida, no se le condenará en costas debido a que no hubo intervención en segunda instancia de la entidad demandada.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de 4 de junio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico - Sala de Oralidad, que negó las súplicas de la demanda presentada por la señora FRANCIBEL DEL CARMEN BARROS VENGOECHEA en contra del INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE RECREACIÓN Y DEPORTES DEL ATLÁNTICO, de conformidad con las razones expuesta en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas..

TERCERO: En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen. En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GOMEZ RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Folio 3.

² Folios 4 y 5.

³ Folios 5 y 6.

⁴ Folios 54 a 65.

⁵ Folios 174 a 191,

⁶ Folios 194 a 196.

⁷ Folios 236 a 238.

⁸ Folio. 239.

⁹ ibídem.

¹⁰ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

¹¹ Por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del orden nacional y se dictan otras disposiciones.

¹² Ver sentencia: Radicación: 54001233100020080017902 No. Interno: 3656-13 Apelación sentencia. Reconocimiento Prima Técnica Actor: María Nelly Pinzón Merchán.

¹³ MP Dr. Luís Ernesto Vargas Silva.

¹⁴ Véase la sentencia del 2 de mayo de 2013, expediente 0477-12, actor: María Helena Rodríguez Gamboa, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁵ El demandante estimaba que los apartes de los artículos demandados «desconocen los artículos 13 y 53 C.P., pues imponen una discriminación injustificada entre los servidores públicos del orden nacional y territorial, cuando por expreso mandato superior ambos deben estar regulados por el mismo régimen salarial y prestacional. Esta distinción, a su vez, plantea diferencias en cuanto a las prestaciones económicas que tienen unos y otros, lo que afecta su derecho al trabajo, en su componente de remuneración equitativa».

¹⁶ Radicado 54001-23-31-000-2008-00179-02. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas.

¹⁷ Sobre el particular: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor WILLIAM HERNAN_DEZ GÓMEZ.

¹⁸ Artículo 361 del Código General del Proceso.

¹⁹ Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

²⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A Sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor WILLIAM HERNANDEZ GÓMEZ.

Fecha y hora de creación: 2026-05-21 18:40:17