

**PRIMA DE SERVICIOS PARA LOS EMPLEADOS TERRITORIALES –
Improcedencia / SANCIÓN MORATORIA POR EL NO PAGO DE LA PRIMA DE
SERVICIOS – Improcedencia**

A la [demandante], no es posible reconocerle y pagarle la prima de servicios, como quiera que si bien es cierto 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, también lo es que el Decreto 1042 de 1978 estableció que la prima de servicios es un factor salarial aplicable a empleados nacionales, lo que significa que no tiene sustento alguno el reconocimiento y pago de estos factores salariales a empleados públicos del nivel territorial. (...). En lo atinente al reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de la prima de servicios, ésta no es procedente, pues se advierte que la misma encuentra su fundamento cuando la entidad empleadora no paga de manera oportuna las cesantías.

NOTA DE RELATORÍA: En relación con la improcedencia del reconocimiento de la prima de servicios para los empleados territoriales, ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 23 de octubre de 2008, radicación: 0730-07, C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1042 DE 1978 – ARTÍCULO 42 / DECRETO LEY 1042 DE 1978 – ARTÍCULO 58 / LEY 244 DE 1995 – ARTÍCULO 1 / DECRETO 1071 DE 2006 – ARTÍCULO 5

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00088-01(4907-15)

Actor: EVELYN MARGARITA MOLINARES MEZA

Demandado: MUNICIPIO DE SOLEDAD – ATLÁNTICO, CONCEJO DE SOLEDAD – ATLÁNTICO

Ley 1437 de 2011.

SO. 0161

I. ANTECEDENTES

Procede la Sala de Subsección A, a decidir el recurso de apelación interpuesto por

la parte demandante contra la sentencia de 9 de octubre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las súplicas de la demanda presentada por la señora EVELYN MARGARITA MOLINARES MEZA en contra del CONCEJO MUNICIPAL y el MUNICIPIO DE SOLEDAD - ATLÁNTICO, con el fin que se acceda a las siguientes

1.- PRETENSIONES¹

«**PRIMERA.-** Que se declare la nulidad del **ACTO PRESUNTO O FICTO POR SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO DE CARÁCTER LABORAL**, sobre las peticiones realizadas por mi poderdante, 28 de Enero de 2008, 18 de julio del 2009, y 6 de enero del 2010, en la cual mi poderdante solicitó la cancelación de las primas de servicios con su correspondiente sanción moratoria, intereses moratorios o indexación, correspondiente al período de Enero a Junio del año 2005, las cuales no fueron canceladas las primas de servicios dado que no fueron incluidas en la liquidación definitivas de prestaciones sociales a la terminación de su nombramiento de trabajo, los anteriores conceptos deberán ser cancelados a mi poderdante desde la fecha en que se causaron el 21 de febrero del 2006 fecha en que quedó ejecutoriado el acto administrativo de liquidación definitiva de prestaciones sociales, hasta que se efectúe el pago de la respectiva sentencia debidamente ejecutoriada.

SEGUNDA- Que como consecuencia de la nulidad invocada con respecto al **ACTO PRESUNTO O FICTO POR SILENCIO ADMINISTRATIVO**, se condene al **MUNICIPIO DE SOLEDAD Y AL CONCEJO MUNICIPAL DE SOLEDAD** a cancelar la prima de servicio con su respectiva sanción moratoria, indexación e intereses moratorios correspondiente al período de Enero a Junio del 2005, por la no inclusión en la liquidación definitiva de prestaciones sociales de las primas de servicios a que tenía derecho mi poderdante en calidad de **ex funcionaria EVELYN MARGARITA MOLINARES MEZA**, a la terminación de su nombramiento laboral lo anterior con el fin de Restablecerle el derecho que por ley tiene mi poderdante con relación a esta prestación social laboral.

TERCERA- Que le sean canceladas a mi poderdante las primas de servicio correspondientes al período de Enero a Junio del año 2005 por valor de \$584.289, con su respectiva sanción moratoria, indexación e intereses moratorios, las cuales no han sido

¹ Folios 1 y 2.

Radicado: 08001 2333 000 2014 00088 01 (4907-2015)
Accionante: Evelyn Margarita Molinares Meza
Accionado: Municipio de Soledad – Atlántico, Concejo de Soledad – Atlántico

canceladas las anteriores primas de servicios dado que no fueron incluidas en la liquidación definitivas de prestaciones sociales a la terminación de su nombramiento de trabajo y por tener derecho a ellas en calidad de **ex funcionario del Concejo Municipal de Soledad** tal como lo ordena la ley 1042 de 1978 en su art. 58.

CUARTA- Que se condene en costas a los demandados incluyendo las agencias en derecho.

QUINTA: Que el Municipio de Soledad y Concejo Municipal de Soledad, quede obligado a dar cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado por el Art 192 del Nuevo Código Contencioso Administrativo ley 1437 del 2011 y deberá reconocer los intereses estipulados en el mentado artículo.» (SIC Tomado de su texto original)

2.- HECHOS²

La demandante fue nombrada como Secretaria General del Concejo Municipal de Soledad mediante Resolución No. 069 del 29 de diciembre de 2004, cargo en el cual se posesionó el 3 de enero de 2005, según lo consignado en el Acta No. 00087, proferida por el Concejo Municipal de Soledad.

El 29 de diciembre de 2005 la señora Margarita Molinares presentó renuncia al cargo que venía desempeñando, la cual fue aceptada mediante Resolución No 093 del 29 de diciembre de 2005 proferida por el Concejo Municipal de Soledad.

El apoderado de la parte demandante asegura que no fueron incluidas en la respectiva liquidación efectuada mediante Resolución No. 094 de 30 de diciembre de 2005³ y notificada el 2 de enero de 2006, la prima de servicio correspondiente al período comprendido entre enero a junio de 2005, pese a que tenía derecho a la misma de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978.

Manifiesta que el Concejo Municipal de Soledad violó el artículo 351 de la Constitución Política, toda vez que redujo las partidas presupuestales y no incluyó

² Folios 3 a 5 de este cuaderno.

³ Por medio del cual se reconoce el pago de liquidación definitiva de prestaciones sociales a la Secretaria General del Concejo Municipal de Soledad.

Radicado: 08001 2333 000 2014 00088 01 (4907-2015)
Accionante: Evelyn Margarita Molinares Meza
Accionado: Municipio de Soledad – Atlántico, Concejo de Soledad – Atlántico

en el Acuerdo No. 000010 de 2004⁴ el rubro de las primas de servicios correspondientes al período de enero a junio de 2005, motivo por el cual éstas no fueron canceladas a los trabajadores, tal como lo indicó la contadora y pagadora de la entidad en certificación de 28 de junio de 2011.

El apoderado de la parte demandante presentó peticiones el 13 de marzo de 2007, 28 de enero de 2008, 18 de julio de 2009 y 6 de enero de 2010, al Concejo Municipal de Soledad, solicitando que se le pagaran la prima de servicios junto con su respectiva sanción moratoria e indexación. Sin embargo sostuvo que no recibió respuesta alguna.

3.- DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN⁵

Se invocó en la demanda la violación del preámbulo y artículos 2º, 13, 23 y 351 de la Constitución Política; artículo 83 de la Ley 1437 de 2011, artículo 2º de la Ley 244 de 1995; artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 y Decreto 600 de 2007.

Como concepto de violación, el apoderado de la demandante indicó que con la actuación del Concejo Municipal de Soledad se vulneraron los fines del Estado y el principio de igualdad, toda vez que los empleados públicos tienen derecho a que todas sus prestaciones legales se paguen con plena observancia de las normas que regulan la función pública, pues las irregularidades y desviaciones se apartan de los preceptos constitucionales y legales y son manifiestamente contrarios al interés general.

Asimismo, sostuvo que sufrió la negligencia de la Administración, al encontrarse en desventaja respecto de los empleados de la Alcaldía Municipal de Soledad a quienes les cancelaron las primas de servicios en cumplimiento de la sentencia de 29 de abril de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

Señaló que el Concejo Municipal de Soledad debió haber liquidado la totalidad de las prestaciones sociales, y que al ser la prima de servicios un elemento integrante del

⁴ Por medio del cual se fija el presupuesto de ingresos y gastos del Concejo Municipal de Soledad, para la vigencia fiscal 2005.

⁵ Folios 4 a 10.

salario, se vulneró el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978, el cual dispone que los funcionarios tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración que se pagarán en el mes de junio.

4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4.1. EL MUNICIPIO DE SOLEDAD⁶, mediante apoderada, presentó escrito de contestación oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en los siguientes argumentos:

Resaltó que la no inclusión de la prima de servicios en la Resolución No 094 del 30 de diciembre de 2005, expedida por el Concejo Municipal, estuvo acorde con las normas, pues ésta no se encontraba amparada por un rubro presupuestal, es decir no fue posible constituir el registro de compromiso presupuestal de dicho concepto, teniendo en cuenta las disposiciones transcritas en el Decreto 111 de 1996. Es por ello que al no disponer de las partidas presupuestales para asumir el pago de la prima de servicios, el funcionario de nómina procedió a no liquidar la suma, por lo tanto esa fue la razón de que no se pagara la prima de los empleados de la planta del Concejo Municipal de Soledad.

Propuso la prescripción extintiva de los derechos laborales: la prescripción de derechos del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentra regulado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, el cual establece que las acciones que emanen de los derechos consagrados en el decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, es decir, que una vez causado un derecho se cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo inicialmente ante la administración y posteriormente en sede judicial.

4.2 CONCEJO MUNICIPAL DE SOLEDAD guardó silencio.

II.- TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

⁶ Folios 109 a 132 del expediente.

Radicado: 08001 2333 000 2014 00088 01 (4907-2015)
Accionante: Evelyn Margarita Molinares Meza
Accionado: Municipio de Soledad – Atlántico, Concejo de Soledad – Atlántico

Mediante auto de 7 de abril de 2015, el Tribunal Administrativo del Atlántico fijó la audiencia inicial para el día 26 de mayo del mismo año.

En la fecha señalada, el *a quo* celebró la audiencia inicial del proceso de la referencia; en dicha diligencia (i) fue saneado el proceso, (ii) fueron resueltas las excepciones previas y (iii) se fijó el litigio de la siguiente manera:

“El litigio va dirigido a que se declare la nulidad de los actos administrativos fictos o presuntos surgidos por las peticiones elevadas en fechas 28 de enero de 2008, 18 de julio de 2009, y 6 de enero de 2010, al municipio de Soledad y Concejo Municipal de Soledad, por medio de las cuales se le niega a la actora el reconocimiento y pago de la prima de servicio del periodo enero a junio de 2005, con su respectiva sanción moratoria, intereses moratorios e indexación. (Folios 200 a 203).

5.- LA SENTENCIA APELADA⁷

El Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala de Decisión Oral, mediante sentencia de 9 de octubre de 2015, declaró probada la excepción de prescripción y negó las pretensiones de la demanda de conformidad con los argumentos que a continuación se exponen.

El Decreto Ley 1042 de 1978, estableció la escala de remuneración de los empleados de la Rama ejecutiva del poder público del orden nacional, esto es, de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional; y en el artículo 58 fijó como factor salarial para dichos empleos la prima de servicios como una prestación anual equivalente a quince días de salario pagadera en los primeros 15 días del mes de julio de cada año.

⁷ Folios 248 a 259.

Resaltó que dicha prestación social no fue extendida a los empleos públicos de nivel territorial con la expedición del Decreto 1919 de 2002.

Sostuvo que de conformidad con lo expuesto por la entidad demandada al reconocer que el pago de la prima de servicios no fue cancelada en virtud que no se incluyó en el presupuesto de ingresos y gastos del ente territorial el rubro de “prima de servicios” para ese año, razón por la cual no existe duda de que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de las sumas adeudadas por dicho concepto; sin embargo, como quiera que la demandante de igual forma deprecia el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y partiendo de la base que las prestaciones sociales fueron liquidadas y reconocidas mediante la Resolución 094 de 2005, ésta no puede ser reconocida, como quiera que no se demostró la extemporaneidad en el pago de las cesantías.

En cuanto a la prescripción, indicó que la actora se desvinculó de la administración el 31 de diciembre de 2005 fecha desde la cual se hacen exigibles los derechos laborales, es decir contaba con un plazo de 3 años para exigirle a su nominador los derechos laborales a los que consideraba tenía derecho, periodo que oscila desde el 1 de enero de 2006 hasta el 1 de enero de 2008. Sin embargo la actora elevó el derecho de petición para el reconocimiento el 13 de marzo de 2007, interrumpiendo el término prescriptivo de sus derechos solo por un lapso igual, es decir desde el 13 de marzo de 2007 hasta el 13 de marzo de 2010 y la demanda fue presentada el 24 de enero de 2014, es decir, después de los 3 años que contempla la norma. Sin condena en costas.

6.- LA APELACIÓN⁸.

Contra la decisión anterior, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación mediante escrito en el que pidió que se revocara la decisión de primera instancia y se estudiaran de fondo las pretensiones planteadas en la demanda.

⁸ Folios 264 a 272.

Manifestó que la discusión dada por el Tribunal Administrativo del Atlántico es totalmente diferente a lo que pretende la demandante, cuya inconformidad radica en el no pago de la prima de servicios que trae el Decreto 1042 de 1978, en tanto que la primera instancia se pronunció frente al no pago de las cesantías definitivas y su sanción moratoria, acreencias que son totalmente diferentes. Señaló que no operó la prescripción, como quiera que la prima de servicios es una prestación periódica y que su pago es habitual como a los demás funcionarios del Concejo Municipal de Soledad, por lo cual esta suma estaría cobijada por la indemnización moratoria.

7.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

7.1.- EL MUNICIPIO DE SOLEDAD – ATLÁNTICO, mediante apoderada, presentó alegatos de conclusión en los cuales solicitó que se negaran las pretensiones plantadas por el demandante y que se le condenara en costas.

Argumentó lo siguiente:

- Inexistencia de la obligación, pues la demandante no acreditó que la prima de servicio deprecada fuese un factor salarial válidamente devengado por éste o por cualquier otro funcionario público del municipio de Soledad, durante la vigencia 2005.
- Ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a que la señora Molinares Meza acusó una serie de actos administrativos que no fueron los que definieron la situación jurídica particular del mismo, sino que con el presente medio de control se pretende revivir términos de caducidad.
- Sin perjuicio de lo señalado, en caso que le asistiera algún derecho a la demandante, éste ya se encontraría prescrito en atención a que la prescripción de acciones que emanen de derechos laborales es de 3 años y por cuanto el reclamo al empleador sólo interrumpe dicho término una vez y por un lapso igual.

Radicado: 08001 2333 000 2014 00088 01 (4907-2015)
Accionante: Evelyn Margarita Molinares Meza
Accionado: Municipio de Soledad – Atlántico, Concejo de Soledad – Atlántico

7.2.- La parte demandante guardó silencio.

7.3.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO El ministerio público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

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

1.- PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae en determinar si a la señora EVELYN MARGARITA MOLINAREZ MEZA como empleada de una entidad territorial le asiste derecho al pago de la prima de servicios que consagra el Decreto 1042 de 1978.

2.- Para resolver lo anterior, es necesario que la Sala se pronuncie frente al (i) marco normativo y jurisprudencial aplicable al reconocimiento de la prima de servicios; y, (ii) al caso concreto.

3.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE AL CASO

3.1.- DE LA PRIMA DE SERVICIOS

El Decreto Ley 1042 de 1978⁹ en su artículo 58 creó la prima de servicios en los siguientes términos:

«Artículo 58^o.- La prima de servicio. Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio

⁹Por 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.

Radicado: 08001 2333 000 2014 00088 01 (4907-2015)
Accionante: Evelyn Margarita Molinares Meza
Accionado: Municipio de Soledad – Atlántico, Concejo de Soledad – Atlántico

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.»

De conformidad con el artículo 59 del citado decreto, la base para liquidar la prima de servicios la integran los siguientes factores: a) el sueldo básico fijado por la ley para el respectivo cargo; b) los incrementos salariales por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto; c) los gastos de representación; d) los auxilios de alimentación y transporte; y e) la bonificación por servicios prestados.

Por su parte, el artículo 42 *ibídem*, dispone que la prima de servicios constituye un factor salarial:

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

Son factores de salario:

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

3.2.- INAPLICACIÓN DE LA EXPRESIÓN «DEL ORDEN NACIONAL» CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1º DEL DECRETO 1042 DE 1978

Radicado: 08001 2333 000 2014 00088 01 (4907-2015)
Accionante: Evelyn Margarita Molinares Meza
Accionado: Municipio de Soledad – Atlántico, Concejo de Soledad – Atlántico

Respecto de la inaplicación de la expresión dispuesta el artículo 1º del Decreto 1042 de 1978, la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación, ha señalado lo siguiente¹⁰:

“La Corte Constitucional en la sentencia C-402 del 3 de julio de 2013¹¹ declaró la exequibilidad de la expresión «del orden nacional» contenida en el artículo 1.º del Decreto 1042 de 1978, que por vía de excepción de inconstitucionalidad el Consejo de Estado venía inaplicando¹² por estimar que vulneraba el derecho a la igualdad consagrado en el art. 13 de la Carta Política, y por esa vía 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 1º.
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.

¹⁰ Ver sentencia: Radicación: 54001233100020080017902 No. Interno: 3656-13 Apelación sentencia. Reconocimiento Prima Técnica Actor: María Nelly Pinzón Merchán

¹¹ MP Dr. Luís Ernesto Vargas Silva.

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

Radicado: 08001 2333 000 2014 00088 01 (4907-2015)
Accionante: Evelyn Margarita Molinares Meza
Accionado: Municipio de Soledad – Atlántico, Concejo de Soledad – Atlántico

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.

La Corte Constitucional dejó claramente despejado que los cargos por los cuales se acusaron los anteriores preceptos del mencionado decreto¹³, en realidad no comportan una discriminación entre los empleados públicos del orden nacional con respecto de los del nivel territorial. Frente al particular 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, a si 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.

¹³ 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».

Radicado: 08001 2333 000 2014 00088 01 (4907-2015)
Accionante: Evelyn Margarita Molinares Meza
Accionado: Municipio de Soledad – Atlántico, Concejo de Soledad – Atlántico

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”.

En orden a lo anterior, y teniendo en cuenta lo declarado por la Corte Constitucional se puede colegir que la bonificación por servicios prestados es de aplicación exclusiva de los empleados del orden nacional.

4.- CASO CONCRETO

En el proceso se acreditó lo siguiente:

- ❖ Acta de posesión No. 0007 de 3 de enero de 2005, de la señora EVELIN MARGARITA MOLINARES MEZA como Secretaria General del Concejo Municipal de Soledad. (folio 18).
- ❖ Resolución No. 093 de 2005, suscrita por el presidente, 1º vicepresidente, y 2º vicepresidente del Concejo Municipal de Soledad, por medio de la cual se acepta la renuncia de la señora EVELIN MARGARITA MOLINARES MEZA al cargo precitado. (folios 20 y 21).
- ❖ Resolución No. 094 de 30 de diciembre de 2005, por medio de la cual se reconoció el pago de la liquidación definitiva de prestaciones sociales a la demandante, proferida por el Concejo Municipal de Soledad. (folios 22 y 23).

Radicado: 08001 2333 000 2014 00088 01 (4907-2015)
Accionante: Evelyn Margarita Molinares Meza
Accionado: Municipio de Soledad – Atlántico, Concejo de Soledad – Atlántico

- ❖ Liquidación Definitiva de prestaciones sociales firmada por la demandante el 2 de enero de 2006 (folio 24)
- ❖ Acuerdo No. 00010 de 2004, por medio del cual se fija el presupuesto de ingresos y gastos, la planta de personal y la escala salarial del Concejo Municipal de Soledad para la vigencia fiscal de 2005. (folios 26 a 34).
- ❖ Acuerdo No. 00013 de 9 de diciembre de 2004, por medio del cual se fija el presupuesto de rentas y recurso de capital y ley de aprobaciones del Municipio de Soledad para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2005. (folios 37 a 45).
- ❖ Certificación calendada el 28 de junio de 2011, suscrita por la contadora y pagadora del Concejo Municipal de Soledad, en la que se señala que a la señora EVELIN MARGARITA MOLINARES MEZA no se le cancelaron las primas de servicios correspondiente al periodo de enero a junio 2005, como quiera que en el Acuerdo No 000010 de 2004, no se incluyó el rubro prima de servicios.

3.4.- De acuerdo con el anterior contexto normativo, jurisprudencial y probatorio, se advierte que a la señora EVELIN MARGARITA MOLINARES MEZA, no es posible reconocerle y pagarle la prima de servicios, como quiera que si bien es cierto 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, también lo es que el Decreto 1042 de 1978 estableció que la prima de servicios es un factor salarial aplicable a empleados nacionales, lo que significa que no tiene sustento alguno el reconocimiento y pago de estos factores salariales a empleados públicos del nivel territorial. Frente al particular la Sección Segunda de esta Corporación ha considerado:

“En lo concerniente a la prima anual de servicios, la Sala aprecia que el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 consagra su reconocimiento para los funcionarios a quienes se aplica el citado Decreto, quienes tendrán derecho a aquélla siendo equivalente a quince (15) días de remuneración, que se pagará en los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año.

Radicado: 08001 2333 000 2014 00088 01 (4907-2015)
Accionante: Evelyn Margarita Molinares Meza
Accionado: Municipio de Soledad – Atlántico, Concejo de Soledad – Atlántico

El mencionado Decreto 1042 de 1978, se aplica para los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional. A su turno, expresa el artículo 42 ibídem, que además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios y se menciona como factor salarial la prima de servicios.

Ahora bien, el artículo 1º del Decreto 1919 de 2002, hizo extensivo el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional para los empleados públicos vinculados o que se vinculen, entre otros órganos a las Personerías Distritales¹⁴.

En ese orden, examina la Sala, que la pretensión de la demanda referida al reconocimiento de la prima de servicios no tienen vocación de prosperidad por cuanto el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 no puede ser aplicado al orden territorial por remisión del artículo 1º del Decreto 1919 de 2002 dado que dicha acreencia laboral tiene una connotación salarial y no prestacional¹⁵. (Negritas fuera del original)

3.5.- En lo atinente al reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de la prima de servicios, ésta no es procedente, pues se advierte que la misma encuentra su fundamento cuando la entidad empleadora no paga de manera oportuna las cesantías.

¹⁴ “Artículo 1º. - A partir de la vigencia del presente Decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional. Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas”. El Consejo de Estado, en sentencia del 19 de mayo de 2005, Sección Segunda, denegó las pretensiones de la demanda, en la acción de simple nulidad promovida contra el mencionado Decreto 1919 de 2002, No. Interno: 4396-2002, actor: Luis Eduardo Cruz Porras, C.P: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

¹⁵ Rad. 2001-00881-01(0730-07)- Sentencia del 23 de octubre de 2008, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado. MP doctor Gerardo Arena Monsalve.

Radicado: 08001 2333 000 2014 00088 01 (4907-2015)
Accionante: Evelyn Margarita Molinares Meza
Accionado: Municipio de Soledad – Atlántico, Concejo de Soledad – Atlántico

La Ley 244 de 1995 «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones» en su artículo 1 estableció el término de quince (15) días para que la administración expida el acto de reconocimiento de cesantías definitivas de los servidores públicos, que han de contarse desde la fecha de radicación de la solicitud que se haga en tal sentido.

El artículo 2 *ibidem* determinó que una vez se encuentre en firme el acto de reconocimiento de cesantías definitivas, la administración cuenta con el término de cuarenta y cinco días hábiles para pagar la prestación, so pena de incurrir en mora y causar a su cargo la sanción, en el equivalente a un día de salario por cada día de retardo, que correrá en forma continua hasta cuando se haga efectivo el pago.

El artículo 5 del Decreto 1071 de 2006, adicionó y modificó lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, así:

Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.

De lo anterior, se colige que la sanción moratoria solo puede ser reconocida cuando se compruebe que la entidad pagadora no ha cancelado de manera oportuna la prestación social, conforme lo señala la norma, de tal manera, no hay lugar a que prospere la prescripción, pues como se señala en líneas anteriores, tanto el reconocimiento de sanción moratoria como el reconocimiento de prima de servicios no son aplicables a este caso.

Radicado: 08001 2333 000 2014 00088 01 (4907-2015)
Accionante: Evelyn Margarita Molinares Meza
Accionado: Municipio de Soledad – Atlántico, Concejo de Soledad – Atlántico

Así las cosas, esta Sala de Subsección revocará el numeral 1º de la sentencia de 9 de octubre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el cual declaró probada la excepción de prescripción, y confirmará el resto de providencia que negó las pretensiones de la demanda, pero de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

4.- DE LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA¹⁶

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 han analizado con detenimiento¹⁷ y han señalado la orientación en el sentido de que se debe dar cumplimiento al numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso y condenar en costas cuando a la parte demandante o a la demandada se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación y en cuanto se genere la intervención del apoderado de la entidad demandada en la segunda instancia, como ocurre en el sub examine, razón por la cual se condenará a la demandante en segunda instancia.

IV. 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,

V. FALLA

PRIMERO.- REVOCAR el numeral primero de la sentencia de 9 de octubre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el cual declaró probada la excepción de prescripción.

¹⁶ 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). 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).

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014).

Radicado: 08001 2333 000 2014 00088 01 (4907-2015)
Accionante: Evelyn Margarita Molinares Meza
Accionado: Municipio de Soledad – Atlántico, Concejo de Soledad – Atlántico

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de 9 de octubre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negaron las pretensiones de la señora EVELYN MARGARITA MOLINARES MEZA contra el MUNICIPIO DE SOLEDAD – CONCEJO MUNICIPAL DE SOLEDAD, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- CONDENAR en costas a la demandante de acuerdo con las razones que fundamentaron esta decisión.

CUARTO.- 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 GÓMEZ RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS