



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
Subsección B

CONSEJERO PONENTE: Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C. , diez (10) de marzo de dos mil once (2011).-

REF: EXPEDIENTE No. 15001233100020032103 01.-
NÚMERO INTERNO: 2519-2007.-
AUTORIDADES DEPARTAMENTALES.-
ACTORA: MARIELA DEL CARMEN BECERRA ROJAS.-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 19 de julio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que negó las súplicas de la demanda incoada por MARIELA DEL CARMEN BECERRA ROJAS contra el Departamento de Boyacá.

LA DEMANDA

MARIELA DEL CARMEN BECERRA ROJAS en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó al Tribunal Administrativo de Boyacá declarar la nulidad del siguiente acto administrativo:



- Comunicación D.J. 2578 de 20 de agosto de 2003, expedida por el Secretario de Educación de Boyacá, que le negó el reconocimiento y pago del sobresueldo del 20%.
- Declarar que el demandante tiene derecho a percibir el 20% del sobresueldo sobre la asignación mensual, por haber laborado por 20 años al servicio de la educación y no tener la edad para adquirir la pensión *"en concordancia con dispuesto por la Ordenanza 48 de 1995 y el Decreto 000250 de 1996 subrogado por Decreto 000463 de 6 de mayo de 1996."*

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar al accionado a:

- Reconocer los valores que legalmente le correspondan por concepto del 20% de sobresueldo del salario adicional por haber laborado veinte años al servicio del Departamento de Boyacá y no haber cumplido la edad para obtener la pensión de jubilación, efectivo a partir de la fecha en que acreditó el tiempo de servicio exigido para el reconocimiento.
- Reajustar, liquidar y pagar todas las prestaciones sociales y demás acreencias laborales a que tiene derecho.
- Indexar debidamente todas las sumas de condena.
- Pagarle los intereses de mora desde el momento en que se debieron pagar los valores hasta cuando se verifique el pago total de las obligaciones conforme al artículo 177 del C.C.A.
- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 y siguientes del C.C.A.

162



Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

La Ordenanza 23 de 1959 creó a favor de los docentes un incremento consistente en el 20% adicional a quienes cumplieran 20 años de servicio al Departamento y que no tuvieran la edad para pensionarse.

La Ordenanza 48 de 1995 y el Decreto 000250 de 1996 subrogado por Decreto 000463 de 6 de mayo de 1996, derogó en su totalidad la aludida ordenanza, pero protegió los derechos adquiridos durante su vigencia.

La actora fue vinculada como docente en la Secretaría de Educación de Boyacá desde el 16 de febrero de 1979, en forma ininterrumpida durante más de 20 años.

Nació el 5 de febrero de 1952 por lo que no tiene la edad para obtener la pensión jubilación pero sí ostenta los requisitos para obtener el reconocimiento y pago del 20 % de aumento sobre su salario básico.

Solicitó el reconocimiento del sueldo adicional ante la Gobernación de Boyacá. Su petición fue resuelta de manera negativa, mediante Comunicación D. J 2578 de 20 de agosto de 2003, aduciendo que no tenía derecho al pago de la prestación reclamada porque su vinculación era de carácter Nacional y este beneficio era exclusivo de docentes Nacionalizados y Departamentales.

La negativa de la accionada vulnera el derecho a la igualdad que tienen todos los ciudadanos de recibir el mismo trato y protección de la ley y las autoridades.



CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 53 y 58; 1, 2 y 3 de la Ordenanza No. 48 de 15 de diciembre de 1995; 1 y 2 del Decreto No. 000250 de 15 de marzo de 1996 subrogado por el Decreto No. 000463 de 6 de mayo de 1996; y la Ley General de Educación.

El accionado está vulnerando, entre otros, derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo, toda vez que está realizando una discriminación entre personas que prestan la misma labor al Estado, con las mismas responsabilidades y obligaciones, pero a su favor se están reconociendo diferentes derechos, es decir, se han creado diferencias que benefician a unos y perjudican a otros docentes en razón a su clase de vinculación sin tener en cuenta los requisitos de la norma pues al tener en cuenta esta vinculación, se entraría en contraposición con los artículos 4 y 13 de la C.P. Además, todos los docentes cumplen una misma función y por lo tanto deberían adquirir los mismos derechos.

El demandado, escogió de manera arbitraria la prelación en el pago de salarios a favor de unos y en perjuicio de otros, pues a algunos docentes les pagaron de forma completa teniendo en cuenta todos los factores devengados, incluyendo el aquí reclamado. Citó sentencia T-098 de 1997 de la Corte Constitucional.

Las autoridades administrativas deben observar y respetar en todo momento las normas que regulen los procedimientos a seguir, con el



fin de presentar las garantías derechos y obligaciones de quienes se encuentran incursos en una relación jurídica.

El debido proceso no ha sido aplicado por el Departamento pues, teniendo en cuenta que en los actos administrativos demandados no se tuvo en cuenta lo normado en la carta magna, se creo una barrera que separa unos docentes de otros, a pesar de de que el servicio que prestan al Estado es el mismo.

La negativa del demandado contenida en los actos demandados, atenta contra el principio de irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles, pues el sobresueldo a que tenía derecho reunía estas características, por lo que no le era posible negar su reconocimiento y pago toda vez que era una situación jurídica consolidada y un derecho salarial causado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Departamento de Boyacá, a través de apoderado, contestó la demanda solicitando que se negaran las súplicas de la demanda con los siguientes argumentos: (folios 39 a 42)

La vinculación de la actora se produjo como docente Nacional, circunstancia que da lugar al no reconocimiento del sobresueldo pretendido, toda vez que las normas Departamentales invocadas por la actora reconocieron el estímulo económico a los docentes Nacionalizados y Departamentales.



Consideró que los derechos se adquieren de conformidad con la ley, observando los procedimientos establecidos para el efecto y que, en todo caso, la Ordenanza 23 de 1959 fue derogada desde el 15 de diciembre de 1995 y para la fecha de pérdida de vigencia de dicha Ordenanza, la actora no había cumplido con los requisitos para acceder a dicho beneficio y que ni siquiera tenía la expectativa por lo tanto, no se trata del desconocimiento de un derecho adquirido.

El Decreto 250 de 1996, invocado por la actora, resulta inaplicable por ser violatorio de la Constitución y la Ley.

Concluyó diciendo que no se violaron las normas citadas y que además, ninguna de ellas asignan un sobresueldo a la actora.

LA SENTENCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá mediante sentencia de 19 de julio de 2007, negó las súplicas de la demanda con los siguientes argumentos (Fls. 101 a 112):

Del material probatorio aportado constató que las normas atinentes a la prima de servicios eran de carácter Departamental y que por tanto, debieron haber sido aportadas por la actora para su confrontación entre el acto administrativo demandado y las normas Departamentales consideradas violadas (artículo 141 C.C.A.) y como tal hecho no se produjo, negó las peticiones de la demanda pero reiteró la posición que ese Tribunal ha mantenido con respecto al 20% de la prima de servicios por cuenta del ente territorial, contenida en la sentencia.

564



En cuanto al sobresueldo solicitado, hizo un análisis normativo sobre quien tiene la competencia para establecer el régimen salarial de los funcionarios del Estado concluyendo que hay una competencia compartida o concurrente entre el Congreso (que da los parámetros para la determinación de éste régimen), el Gobierno (que señala los límites máximos en los salarios), las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales (que determinan las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias de acuerdo con el máximo dado por el Gobierno) y los Gobernadores y Alcaldes (que fijan salarios de los empleos de sus dependencias, de acuerdo con lo dictado por las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales).

Consideró que cuando se expidió la Ordenanza No. 023 de 1959 se hizo bajo un régimen legal que lo permitía, por lo tanto, en ese momento, tal ordenanza fue legal. Sin embargo con la reforma de 1968 se prescribió en forma clara que era el Congreso quien debía fijar dicho régimen.

A partir de la Constitución de 1991, lo que se presentó fue la inconstitucionalidad sobreviniente, de manera que, el ordenamiento jurídico anterior contrariaba la nueva Constitución que fijaba el régimen salarial y prestacional en cabeza del Congreso (artículo 150-19, literal e) y f)) y dejaba en cabeza de las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales la fijación de las escalas de remuneración salarial (artículo 300-7 y 313-6). Sobre esta situación, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-155 de 1999¹ y el Consejo de Estado en sentencia de 4 de julio de 1991, exp. 4301².

¹Las normas jurídicas preconstitucionales mantienen su vigencia bajo la nueva Constitución, salvo que resulten notoriamente contrarias a sus principios, circunstancia que implica que ellas desaparezcan del universo jurídico. Cabe preguntarse si este tipo de derogación es de los que la doctrina califica de "tácita o



Si el órgano competente para expedir el régimen salarial recaía exclusivamente en el Congreso, no podía la actora fundar su derecho en actos administrativos expedidos en vigor de la Constitución de 1886, pues la Asamblea tuvo en su momento la facultad de crear estos sobresueldos pero, para la situación actual y vigente al momento de consolidarse el supuesto derecho que la actora pretende reclamar, resulta inaplicable por no ajustarse a la Constitución y la ley. Citó sentencia de esta Corporación, exp. 2943, M.P. Dr. Ernesto Rafael Ariza.³

Los fundamentos encaminados a reconocer el sobresueldo del 20% a los docentes nacionalizados y departamentales, carecen de toda viabilidad por ser contrarios a la Constitución y la ley.

De lo anterior se colige que el sobresueldo del 20% siendo un factor salarial creado por la Asamblea Departamental para los docentes vinculados por el Departamento es ilegal, pues la Corporación

sobreentendida", a lo cual habrá de responderse que en efecto lo es. Por lo cual la norma manifiestamente contraria a la Constitución debe entenderse derogada, sin necesidad de pronunciamiento alguno sobre su retiro del ordenamiento, ni sobre su inconstitucionalidad. La derogación tácita por inconstitucionalidad sobrevenida, es, además, un principio de interpretación legal avalado por la centenaria norma contenida en el artículo 9º de la Ley 153 de 1887. No obstante, la Corte resalta que la contradicción determinante de la derogatoria tácita por inconstitucionalidad sobrevenida, debe ser una manifiesta incompatibilidad entre el contenido material o el espíritu de la nueva norma superior y la antigua norma de menor rango."

²"Esta atribución se refiere a la administración pública Nacional, en cuanto a la determinación de su estructura, pero su regulación se extiende a las entidades territoriales en materia de régimen prestacional de acuerdo a la dispuesto en la misma Constitución Nacional, artículo 76- numeral 10, en concordancia con lo establecido en los artículos 62 y 132 de la misma Carta Política, que disponen que el régimen prestacional de los empleados oficiales sea competencia del Congreso o del Presidente en ejercicio de las facultades extraordinarias."

³ "La Sala ha venido sosteniendo reiteradamente que los actos administrados sola-mente pueden ser enjuiciados frente a normas superiores de derecho vigentes y preexistentes al momento de su expedición ... No obstante lo anterior, considera que el artículo 4o. de la Constitución Política es claro al señalar que "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales".

Con igual perspectiva jurídica la Ley 153 de 1887 prescribe que "La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente" (artículo 9o.) ...

... De las reglas de hermenéutica antes reseñadas fluye con meridiana claridad que la incompatibilidad entre la Constitución y cualquier norma jurídica produce como consecuencia la inaplicabilidad de esta última en un caso concreto."

265



Pública de elección popular se arrogó una competencia que por disposición Constitucional corresponde al Legislativo y al Gobierno Nacional

Concluyó que *"si bien es un hecho incuestionable que el sobresueldo del 20% fue creado para los empleados del nivel Departamental, no puede reconocerse a los docentes del orden Departamental ni Nacional teniendo en cuenta que a nivel territorial tal prerrogativa carece de fundamento legal y a nivel nacional el mismo no ha sido reconocido mediante decreto expedido por el Gobierno; es por esto que, como la actora tiene nombramiento de orden nacional y la prerrogativa era para los docentes del orden Departamental, no tiene derecho al sobresueldo del 20% por no cumplir con las características del carácter de su nombramiento"*.

A folio 113, la Magistrado Clara Elisa Cifuentes Ortiz, presentó aclaración de voto por cuanto consideró que si en vigencia de la Constitución de 1886 las Asambleas estaban facultadas para regular el régimen salarial, una vez expedida la Constitución de 1991 no generaba las llamadas inconstitucionalidades que afirmaba la providencia.

Una vez entrada en vigencia la Constitución de 1991, estas inconstitucionalidades no se daban, lo que sucedía era que ningún derecho podía surgir por efecto de lo normado en la mencionada Ordenanza ya que dicho poder, pasaba exclusivamente al Ejecutivo.

Por último consideró que la providencia afirmó, sin análisis alguno, que el sobresueldo del 20% tiene carácter salarial y que por ello, en su



momento, la Asamblea tenía facultad para crearlo. Llegar a esa conclusión requería establecer las diferencias entre salario y prestación social la cual echó de menos.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando su revocatoria, en los siguientes aspectos: (Fls. 117 a 125):

- Consideró que la sentencia se basó en un acto inexistente por incompetencia al considerar que la Ordenanza fue derogada en 1995 ya que dicha derogatoria sólo le correspondía al órgano que la creó y no al señor Gobernador como lo afirmó motivo por el cual tal derogatoria era inexistente. Tampoco le asistía razón cuando sostenía que las Asambleas Departamentales no tenían facultad para crear salarios o prestaciones sociales pero que si la tenían para derogarlas.

La legalidad de las Ordenanzas que establecieron el sobresueldo reclamado debe analizarse a la luz de la normatividad constitucional y legal vigente a la fecha de su expedición y no en relación con la Constitución de 1991; consideró que así lo ha establecido el Consejo de Estado en sentencia de 5 de julio de 2006, exp. 21051, M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio y en concepto del 11 de septiembre de 2003, exp. 1518, M.P. Dra. Susana Montes Echeverri.

- En vigencia de la Constitución de 1886 las Asambleas Departamentales se encontraban facultadas para crear los salarios y prestaciones sociales de sus empleados. Dicha facultad se encuentra

J66



consagrada también en las Leyes 4 de 1913, 135 de 1938, 43 de 1975 y 91 de 1989, Decreto 1222 de 1985, entre otras.

Al amparo de dichas normas, debe aceptarse que las Asambleas Departamentales hasta la Constitución de 1991 podían fijar el régimen salarial y prestacional de sus servidores públicos. Decir o sustentar lo contrario, es negar la historia y la realidad del proceso legislativo y Constitucional del País.

- La prima de servicios constituye salario.

Consideró que esta Corporación en diferentes pronunciamientos, Conceptos 1518 y 1518 A de septiembre de 2003, se pronunció sobre la naturaleza jurídica de dicha prestación de donde se podía concluir, entre otras, que antes de la Constitución de 1991, las Asambleas Departamentales si podían expedir el régimen salarial y prestacional de sus empleados públicos; que la Ordenanza No. 023 de 1959, era legal y no estaba derogada y que la prima de servicios era un derecho cuyo título era válido.

- Violación a la constitucionalidad, legalidad, vigencia y exigibilidad del 20% de prima de servicios para los docentes de Boyacá.

La prima de servicios creada por la Asamblea Departamental en 1959, se encuentra vigente en tanto no fue derogada ni expresa ni tácitamente por la Ley 4 de 1992. Las Cortes se han pronunciado respecto a que los efectos del tránsito constitucional frente a la legislación preexistente no traen consigo, la derogación en bloque de las normas jurídicas existentes en el momento de su entrada en



vigencia. Es más, el artículo 58 de la C.P. protege los derechos adquiridos con arreglo a las leyes.

Como quiera que la norma constitucional vigente en la época en que se expidió la ordenanza le daba competencia al órgano Departamental para fijar los sueldos de los empleados Departamentales, no es viable, so pretexto la reforma de 1968, restarle a dicho acto validez y eficacia en el ordenamiento jurídico del cual formaba parte.

- Violación a la vigencia y exigibilidad de la prima de servicios creada por la Ordenanza No. 023 de 1959 y su compatibilidad con las normas de la Carrera Especial Docente.

Reiteró que esta Corporación en Consulta 1518 de 2003 y 1607 de 2004 rebatió la inconstitucionalidad de la citada ordenanza y que además, se ha pronunciado en diferentes oportunidades indicando que tal ordenanza no ha sido derogada y que se encuentra vigente por lo cual se convierte en un derecho válido y exigible.

Consideró que en la demanda no se tuvieron en cuenta las normas que regulan el Régimen Especial Docente, como la Ley 43 de 1975, 91 de 1989, 4 de 1992, 6 de 1993, 115 de 1994, 715 de 2001, Acto Legislativo No. 01 de 201, Decreto Ley 2277 de 1979 y Decretos 3191 de 2002 y 3533 de 2003; y que son precisamente el "cargo de violación a la ley" porque se reclama un derecho de creación legal. Bajo estas normas, no encontró ninguna incompatibilidad entre la prima de servicios reclamada con lo dispuesto en la Ley General de Educación, mas bien consideró que la demanda no cumplía con lo



ordenado por la ley que era el reconocimiento de los salarios al actor, y por el contrario le desconoció el 20%, del sobresueldo reclamado.

CONSIDERACIONES

CUESTIÓN PREVIA

En el fallo recurrido, luego de relacionar los hechos probados y en el numeral 7º de ese acápite, expresamente indicar que obraba *“Copia de la ordenanza 23 de 1959. Sobre asignaciones básicas del Magisterio y otras disposiciones sobre educación.(fl 126).”*, señaló que la parte demandante no la aportó al proceso y por ello no podía *“hacer una confrontación entre el acto administrativo demandado y las normas departamentales consideradas como violadas, pues estas debían ser aportadas por la parte actora”* (folios 105 y 106); es decir, que no existe congruencia entre la prueba que relacionó y el sustento de la decisión pues, de un lado, la norma departamental la citó como prueba y, de otro, afirma que no se aportó, pero, además, aduciendo una labor pedagógica entró al fondo del asunto y denegó las pretensiones de la demanda.

El artículo 141 del C.C.A., establece: *“Si el demandante invoca como violadas normas que no tengan alcance nacional, deberá acompañar el texto legal que las contenga, debidamente autenticadas, o solicitar del ponente que obtenga la copia correspondiente.”*

En el presente asunto la parte demandante no aportó el correspondiente texto debidamente autenticado y lo allegó con el alegato de conclusión; sin embargo, estos aspectos nunca fueron



controvertidos dentro del proceso y la copia de la Ordenanza en los términos aportada no fue tachada ni redargüida de falsa por ende, tal documento debe ser valorado como prueba.

En efecto, antes de clausurar el debate probatorio la parte demandante adjuntó copia de la norma departamental en la que se sustenta la petición de reconocimiento de emolumentos deprecados, lo que le permitía, en aplicación prevalente del derecho sustancial frente al formal (como lo hizo el *A quo* aduciendo una labor pedagógica), cotejar la norma territorial, señalada como violada, frente a los actos acusados.

PROBLEMA JURÍDICO

Se trata de establecer si en este caso la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del sobresueldo, en porcentaje del 20% sobre el salario que percibe, establecido en la Ordenanza 23 de 1959.

La Sala encuentra probado los siguientes hechos:

- Mediante Resolución No. 1276 de 9 de febrero de 1979, el Ministro de Educación Nacional nombró a la actora, como profesora IV de Español, en el Instituto Nacional de Educación Media Diversificada INEM Carlos Arturo Torres de Tunja (Fi. 70).
- Por Ordenanza No. 048 de 15 de diciembre de 1995 la Asamblea de Boyacá derogó las Ordenanzas No. 023 de 9 de diciembre de 1959, 054 de 6 de diciembre de 1967 y 013 de diciembre 11 de 1984, y dispuso en su artículo segundo "se



respetaran los derechos adquiridos con fundamento en las ordenanzas que se están derogando” (Fls. 54 y 55).

- Presentó derecho de petición el 19 de mayo de 2003 solicitando el reconocimiento y pago del 20% de sobresueldo sobre la asignación básica mensual, en razón de los servicios prestados al Departamento de Boyacá (Fls. 4 y 5).
- La Secretaria de Educación del Departamento de Boyacá, mediante comunicación D.J. 2578 de 20 de agosto de 2003, le negó a la demandante el reconocimiento del sobresueldo del 20% aduciendo: *“no tiene derecho a tal prerrogativa, porque su vinculación es de carácter Nacional y este beneficio es exclusivo de los docentes Nacionalizados y Departamentales”* (Fl. 3).
- La actora se encuentra laborando desde el 9 de febrero de 1979 con una vinculación en propiedad, como Nacional, en el nivel Básica Secundaria como Docente en el INEM Carlos Arturo Torres de Tunja (Fl.65).
- La Secretaría de Educación, Cultura y Turismo de la Alcaldía de Tunja certificó los factores y valores devengados por la actora, vinculada a la planta de personal Docente, Directivo Docente y Administrativos del Municipio de Tunja, como empleada de carácter Nacional. (Fls. 66 a 69).
- Copia de la Ordenanza No. 023 de 1959 sobre asignaciones básicas del Magisterio Escolar y otras disposiciones sobre educación. (folio 87-92)



ANÁLISIS DE LA SALA

La actora pretende la anulación del oficio arriba enunciado en tanto le negó el pago del sobresueldo en porcentaje del 20% dispuesto en la Ordenanza 23 de 1959.

La Sala, como ya se anunció, resolverá el problema jurídico planteado, bajo el siguiente orden: 1) Competencia para fijar salarios y prestaciones en vigencia de la Constitución Política de 1886 y sus diferentes reformas.; 2) Competencia para fijar salarios y prestaciones en vigencia de la Constitución Política de 1991; 3) Análisis deductivo de la aplicación de las normas relacionadas con la competencia para fijar salarios y prestaciones; y 3) Solución al caso concreto.

1) Competencia para fijar salarios y prestaciones en vigencia de la Constitución Política de 1886 y sus diferentes reformas.

La Constitución Política de 1886, en su texto original, confería al Congreso, en su artículo 76, numeral 7°, la facultad de *“Crear todos los empleos que demande el servicio público, y fijar sus dotaciones.”*, en el numeral 3°, la de *“conferir atribuciones especiales a las Asambleas Departamentales”* autorización ésta que se reitera en el artículo 187 ibídem, cuando señalaba que *“Las Asambleas Departamentales, además de sus atribuciones propias, podrán ejercer otras funciones por autorización del Congreso.”*

Posteriormente, el Acto Legislativo No. 3 de 1910, facultó a las Asambleas para fijar *“...el número de empleados departamentales,*

169



sus atribuciones y sus sueldos”, facultad ratificada por la Ley 4^a de 1913⁴.

En el Acto Legislativo No. 1 de 1945, se reiteró la autorización para que el Congreso confiriera atribuciones especiales a las Asambleas Departamentales, para que éstas últimas fijaran de manera directa, el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos. (artículo 186 numeral 5 Acto Legislativo 1945).

Teniendo en cuenta lo anterior, las Asambleas Departamentales tenían competencia para fijar los sueldos de sus empleados.

Con posterioridad, se expidió el Acto Legislativo No. 1 de 1968, que modificó, entre otros, los artículos 76⁵, 120⁶ y 187⁷ de la Constitución de 1886, introduciendo dos nuevos conceptos: el de escalas de remuneración y el de emolumentos, el primero, debía ser establecido por el Congreso a nivel nacional, por las Asambleas a nivel Departamental y por los Concejos en el orden local; mientras que el segundo, le correspondía al Presidente de la República y al Gobernador, respectivamente.

Por su parte, en dicha reforma se estableció que el régimen prestacional de los empleados del orden nacional, era de

⁴ Artículo 97 ordinal 25. Fijar los sueldos de los empleados del departamento que sean de cargo del Tesoro Departamental”.

⁵ Modificado por el Artículo 11, que establece las competencias del Congreso.

⁶ Modificado por el Artículo 41, que fija las competencias del Presidente.

⁷ Modificado por el Artículo 57, que consagra las competencias de las Asambleas Departamentales.



competencia única y exclusiva del Congreso (ordinal 9 del artículo 76).

Obsérvese cómo, desde la reforma constitucional de 1968, se empezaba a orientar una competencia no solo individual y excluyente, sino compartida y concurrente en materia salarial⁸ pues, tanto el Presidente de la República como los Gobernadores, podían fijar los emolumentos de los empleados de sus dependencias, siempre con sujeción a las leyes o normas expedidas por el Congreso y las Asambleas. Veamos las disposiciones que así lo disponían:

*“Artículo 11 del Acto Legislativo No. 1 del 12 de diciembre de 1968.
El artículo 76 de la Constitución Nacional quedará así:*

*Corresponde al Congreso hacer las Leyes.
Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:*

(...)

9. Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos, y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales;

(...)”

“Artículo 57 del Acto Legislativo No. 1 del 12 de diciembre de 1968.

El artículo 187 de la Constitución Nacional quedará así:

Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas.

(...)

5. Determinar a iniciativa del Gobernador, la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias, y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo. [...]

El artículo 197 de la Constitución Nacional quedará así:

Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:

[...]

⁸ Teniendo en cuenta que el régimen prestacional, como se dijo, correspondía al Congreso de la República.

170



3. *Determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias, y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos. (...)*"

Así las cosas, con la última de las reformas mencionadas, el Constituyente dejó claro que la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es del legislador, eso sí, en el caso del sector territorial dejó a salvo la competencia de sus entes rectores de fijar *"las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de los empleos"*.

2) Competencia para fijar salarios y prestaciones en vigencia de la Constitución Política de 1991.

El artículo 150, numeral 19, de la Carta Política, en lo pertinente, establece:

"ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

[...]

19. Dictar normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

[...]

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública:

Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en la Corporaciones públicas territoriales, y éstas no podrán arrogárselas. [...]"

El artículo 300 numeral 7º de la Carta Política, preceptúa:

"Corresponde a las Asambleas Departamentales por medio de ordenanzas:

[...]



7. Determinar la estructura de la administración departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta."

El artículo 305, numeral 7º Constitucional indica:

"Son atribuciones del gobernador:

[...]

7º Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas. Con cargo al tesoro departamental no podrá crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado".

Conforme a las normas transcritas, el Departamento de Cundinamarca no puede fijar el régimen salarial y prestacional de sus empleados públicos, discrecionalmente, sino que estos deben ser autorizados por la ley.

En efecto, conforme al artículo 150 de la Constitución Política, arriba transcrito, al Congreso de la República le compete dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno para *"fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos."*

Es decir, existe una competencia compartida entre el legislador y el ejecutivo para estos efectos: aquel determina unos parámetros generales conforme a los cuales éste ha de fijar todos los elementos propios del régimen salarial y prestacional.

575



En relación con los empleados públicos de las entidades territoriales, compete al Gobernador fijar los emolumentos con sujeción a la Ley y a las Ordenanzas (artículo 305 numeral 7º).

La Ley 4ª de 1992 al señalar los principios a los que debe someterse el Gobierno al fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, inclusive del sector territorial, en su artículo 12, señaló:

“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 equivalencia con cargos similares en el orden nacional”.

Este precepto fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-315 del 19 de julio de 1995, Magistrado Ponente Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que se dijo que esta facultad del Gobierno no pugna con la que el constituyente expresamente otorgó a las entidades territoriales para fijar las escalas de remuneración y los emolumentos de los empleos de sus dependencias, en los artículos 287, 300-7, 305-7, 313-6 y 315-7.⁹

⁹ La Corte Constitucional, expresamente señaló: “La economía, eficacia y eficiencia en el gasto público, en todos los ámbitos, es un principio que tiene pleno sustento constitucional y sobre su importancia en una sociedad democrática, soportada en la tributación equitativa y en el correlativo deber de las autoridades de hacer un uso adecuado de los recursos aportados por la comunidad, no es necesario abundar. La fijación a este respecto de un límite máximo al gasto burocrático, constituye un medio idóneo para propugnar la eficiencia y economía del gasto público y, de otro lado, estimular que los recursos del erario nacional y de las entidades territoriales en mayor grado se destinen a la atención material de los servicios públicos. La razonabilidad de la medida legislativa se descubre también si se tiene en cuenta que el patrón de referencia - los sueldos de los cargos semejantes del nivel nacional -, garantiza que el anotado límite no sea en sí mismo irracional y desproporcionado. Las premisas sentadas, llevan a la Corte a concluir que la norma examinada, por lo que respecta a los empleados públicos territoriales, es exequible.”.



En consecuencia, como ya lo ha precisado esta Corporación,¹⁰ la determinación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales compete al Gobierno Nacional, de acuerdo con los parámetros señalados por el legislador, y no a las Corporaciones Públicas Territoriales, las que, además, tienen prohibido arrogársela; y en lo que se refiere al régimen salarial, el Gobierno señaló el límite máximo salarial de los servidores públicos territoriales teniendo en cuenta su equivalencia con los del orden nacional.

Existe, para efectos de fijar salarios, un régimen de competencia concurrente entre el Congreso, el Gobierno Nacional, las Corporaciones administrativas colegiadas del orden Departamental y Municipal (Asambleas y Concejos) y el Ejecutivo Territorial (Gobernadores y Alcaldes) que fue ratificada por la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 1999 (14 de Julio) Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.¹¹

La competencia del Gobierno Nacional para fijar el límite máximo salarial de la remuneración de los empleados de los entes territoriales

¹⁰ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 29 de marzo de 2001, Expediente No. 6179 (3241-00), Actor VICTOR MANUEL ROJAS GUTIERREZ; y fallo del 19 de mayo de 2005, Expedientes No. 11001032500020020211 01, No. INTERNO: 4396 – 2002, Actor LUIS EDUARDO CRUZ PORRAS (Acumulados Nos. 11001032500020020209 01 (4333-02), actor AUGUSTO GUTIERREZ Y OTROS; 11001032500020020213 01 (4406-02), actor ENRIQUE GUARIN ALVAREZ; y 11001032500020020230 01 (4767-02), actor PABLO EMILIO ARIZA MENESES Y OTROS), Consejero Ponente DR. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE.

¹¹ En esa sentencia se señaló: “[...] 4.3. En estos términos, para la Corte es claro que existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, así: Primero, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero, las asambleas departamentales y concejos municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto, los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dictan las asambleas departamentales y concejos municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional”



no desconoce la competencia que la misma Constitución expresamente otorgó a las autoridades de dichos entes para fijar, por una parte, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos dentro de su jurisdicción, artículos 300, numeral 7, y 313, numeral 6, de la Constitución, y, por otra, para determinar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, artículos 305, numeral 7, y 315, numeral 7, de la Constitución.¹²

3) Análisis deductivo de la aplicación de las normas relacionadas con la competencia para fijar salarios y prestaciones.

Recién expedida la Constitución Política de 1886 y aún con las reformas contenidas en los actos legislativos de 1910 y 1945, los entes territoriales tenían una potestad amplia para la fijación de los sueldos de los empleados departamentales.

Esta potestad incluía la facultad de crear factores o elementos de salario, pues los entes territoriales tenían un amplio espectro de regulación, situación que se explica por el momento histórico que vivía el País en ese momento que cambió la Constitución Federalista de 1863, cuando el País se denominó *"Estados Unidos de Colombia"* y que le dio a cada Estado la potestad de elaborar su propia constitución, frente a la Constitución Centralista de 1886. En otras palabras la descentralización en materia salarial en cierta medida se mantuvo con la expedición de la Constitución de 1886.

A partir de la Reforma de 1968, es evidente que para la fijación de salarios y prestaciones de los empleados públicos, hubo una reforma

¹² Ibidem, nota al pie 2.



sustancial, de manera que, las competencias de los órganos de dirección de los entes territoriales se le limitó esta potestad a determinar "**las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleo.**" (destacado no es del texto).

El problema jurídico que se presentaba en esa época, era poder determinar hasta dónde iba esa potestad y más específicamente si está incluía la posibilidad de crear nuevos factores de salarios o simplemente, fijar las escalas salariales de acuerdo con los niveles y grados que se requerían en los diferentes entes territoriales.

En criterio de la Sala, la competencia del ente territorial no iba más allá de simplemente fijar las escalas salariales y esto no incluía la potestad de crear factores o elementos constitutivos del salario, pues esta función estaba reservada al legislador. Lo antes dicho, además, porque con la reforma constitucional aludida, el Constituyente quiso limitar la potestad de los entes territoriales para buscar cada vez más la realización de uno de los pilares fundamentales del derecho laboral que consistía en que a trabajo igual salario igual, preceptiva que empezó a tener fuerza constitucional a partir de esa reforma del Estado de 1968, de manera que, en todo el sector público, se equiparan los elementos o factores destinados a remunerar al trabajador.

La competencia de los entes territoriales en materia salarial a partir de 1968, se limitó a fijar los niveles jerárquicos y asignarles a estos los emolumentos correspondientes. En materia prestacional es evidente que antes de la reforma de 1968 y después de ésta, el único



legitimado para fijarlas era el Congreso o el Legislador Extraordinario, y esto no tiene mayor discusión.

Ahora bien, la reforma Constitucional ordenada en el año de 1968, que implicó un cambio de competencias para la fijación de salarios, desplazando la potestad del sector territorial hacia el legislador, en criterio de esta Sala, per se, no conlleva la inaplicación de las normas anteriores proferidas al amparo de la anterior Constitución.

Lo antes dicho porque la constitucionalidad y legalidad de las normas, reglamentos o actos administrativos debe revisarse al momento en que fueron expedidos y, si al proferirse se hizo con fundamento en competencias y preceptivas que lo autorizaban, estas normas no pueden desconocerse de plano. En otros términos, la reforma del año 1968, en materia de salarios sólo implicó el cambio de la autoridad legitimada para regular la materia; por ende, no resulta razonable deducir que, ipso jure, deviene en inconstitucional, las preceptivas que regulaban este tópico.¹³

¹³ La Subsección A, de esta Corporación en una de las providencias citadas, prohió el criterio de la Corte Constitucional en la sentencia C- 014 de 1993, en especial sobre los siguientes aspectos: "[...]...3. Pero con respecto a la legislación preexistente las exigencias del principio de seguridad jurídica y certidumbre se satisfacen de una manera diversa. En efecto, la regla dominante en este nuevo universo normativo reconoce que el tránsito constitucional no conlleva necesariamente la derogación de todas las normas expedidas durante la vigencia de la Constitución derogada. Por tanto, la legislación preexistente conserva toda su vigencia en la medida en que la nueva Constitución no establezca reglas diferentes. (...) Es por eso que la Corte Suprema de Justicia ha negado que la vigencia de la Constitución de 1991 haya derogado en bloque el ordenamiento inferior preexistente y ha reconocido el efecto retrospectivo de la nueva preceptiva constitucional (...) 4. Puesto que por las razones aducidas, la regla general es la de la subsistencia de la legislación preexistente, la diferencia entre la nueva Constitución y la ley preexistente debe llegar al nivel de una incompatibilidad real, de una contradicción manifiesta e insuperable entre los contenidos de las proposiciones de la Carta con los de la ley preexistente. Por tanto, no basta una simple diferencia. Es esto lo que en forma clara y contundente consagra el texto del artículo 9o de la ley 153 de 1887, norma que ha resistido airosa el transcurso del tiempo y que resuelve problemas derivados de la vigencia de la Carta de 1991 sin contradecir su espíritu sino, muy por el contrario, de acuerdo con el mismo, tal como se desprende de su texto (...) Es claro que la norma transcrita consagra también como principio general la subsistencia de la legislación preexistente..."



En criterio de la Sala, debe revisarse por parte de la autoridad administrativa o judicial su aplicabilidad a cada caso de los reglamentos que establecieron salarios para el sector territorial; pero lo que si es claro es que, tratándose del establecimiento de un régimen, en este caso, el salarial, a los empleados del sector territorial a quienes se les regule por parte del competente quedan sometidos a estas últimas preceptivas y los reglamentos territoriales que regulaban el tema simplemente quedan derogados tácitamente.

La anterior situación no cobija a quienes venían vinculados en el sector territorial, pues ellos tienen derecho a no ser desmejorados, por las nuevas regulaciones que establezca el competente.

Como ya lo ha precisado esta Sección¹⁴, el Estado no está obligado a mantener un régimen benéfico de forma permanente porque las instituciones y sus regulaciones deben adecuarse al orden social, cultural y económico que gobierna el momento, de manera que, el salario o las prestaciones sociales deban permanecer perennes y sólo ser modificada en lo favorable. En otras palabras el Estado debe respetar los salarios y prestaciones que perciban quienes estén vinculados al momento de la expedición del nuevo régimen regulatorio, siempre y cuando estén amparados por la Constitución y la ley.

En suma, quienes se beneficiaban de factores o elementos salariales ordenados por instrumentos de carácter territorial o inclusive, quienes

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 14 de marzo de 2002, actor JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ, Consejero Ponente Dr. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE, expediente No. 1100103250199 00 (3305-00), reiterada en fallo del 19 de mayo de 2005, Expedientes No. 11001032500020020211 01, No. INTERNO: 4396 - 2002, Actor LUIS EDUARDO CRUZ PORRAS (Acumulados Nos. 11001032500020020209 01 (4333-02), actor AUGUSTO GUTIERREZ Y OTROS; 11001032500020020213 01 (4406-02), actor ENRIQUE GUARIN ALVAREZ; y 11001032500020020230 01 (4767-02), actor PABLO EMILIO ARIZA MENESES Y OTROS), Consejero Ponente DR. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE.



alcancen a devengarlos por el hecho de que el legislador no hubiese regulado el tema, tienen derecho a conservarlos, pero, quienes se vinculen bajo el nuevo régimen, se someten a las nuevas condiciones salariales y prestacionales que regule el competente.

En nuestro caso, si un empleado estaba vinculado antes de la reforma Constitucional de 1968, a él se le continúa aplicando el régimen que venía gozando o el nuevo sí le es igual o más favorable, y no puede haber, en ningún caso, una desmejora salarial. En cambio, el nuevo empleado, entendido como vinculado después del año 1968, se somete a las regulaciones que señale el competente para fijar salarios o los factores que lo conforman, que en este caso es lo previsto por el legislador.

En otras palabras, no es procedente aplicar factores de salario regulados por normas de orden territorial a empleados públicos sometidos a disposiciones de orden legal.

La Sala insiste en que cuando la nueva autoridad a la que le fue deferida la competencia expida una reglamentación del derecho que regule el salario, son esas normas las que se aplican, así, dicho sea de paso, no deroguen expresamente o regulen algún factor o elemento específico del salario, pues son sólo estas las normas que les cobijan.

Empero, no es necesario que la nueva autoridad competente regule específicamente cada factor o elemento de salario para considerar derogado tácitamente el territorial que venía cobijando a todos los empleados, pues, de considerarse este punto, el legislador tendría que ponerse a revisar en cada Departamento o Municipio qué factores o



elementos de salario reguló para proceder a derogarlo, simplemente se requiere que ejerza su competencia fijado el salario para considerar inaplicables las normas que regulaban el régimen territorial.

4) Solución al caso concreto.

La Sala encuentra que la norma que la actora pretende que se le aplique no la cobija, por tratarse de una docente del ordena nacional, gobernada por las normas de la misma índole.

En efecto, a través del artículo 20 de la Ordenanza del epígrafe, la Asamblea de Boyacá reguló lo relacionado con *“las asignaciones básicas del Magisterio Escolar y otras disposiciones de educación”*, se dispuso que *“Los Maestros de Escuelas que habiendo trabajado veinte años de servicio no tengan la edad requerida por la Ley para ser jubilados, tendrán derecho a un 20% aumento sobre su sueldo básico.”*

La anterior normativa territorial reguló lo relacionado con los salarios de los docentes de Boyacá, pues como lo indicó la Subsección A, el sobresueldo en discusión remunera directamente la relación laboral al estar incluida dentro del denominado sueldo básico, pero, además, bajo el concepto imperante en la fecha, no puede considerarse como prestación social, porque estas son las destinadas a cubrir riesgos.

En el presente asunto la demandante pretende la aplicación del beneficio salarial creado por en el artículo 20 de la Ordenanza No. 23 de 1959, por el cual se otorgó para los docentes del Departamento de Boyacá que cuentan con 20 años de servicios, sin edad para

575



REF: EXPEDIENTE No. 15001233100020032103 01.-
NÚMERO INTERNO: 2519-2007.-
AUTORIDADES DEPARTAMENTALES.-
ACTORA: MARIELA DEL CARMEN BECERRA ROJAS.-

pensionarse, un sobresueldo en porcentaje del 20% simplemente, no le es aplicable a la demandante, porque laboró como docente del orden nacional.

En efecto, conforme se constata de la certificación que obra en el folio 65, aparece probado que la demandante laboró como docente en el Colegio Inem Carlos Arturo Torres de Tunja. Es decir, que esta norma territorial no la cobija.

En efecto, la docente se vinculó por nombramiento ordenado por la Resolución No. 1276 del 9 de febrero de 1979, proferida por el Ministro de Educación Nacional, en el Instituto Nacional de Educación Media Diversificada INEM "Carlos Arturo Torres" de Tunja, respecto del cual se posesionó el 16 de febrero de 1979, es decir que a ella sólo le cobija el régimen que fije el legislador porque, se repite, es docente del orden nacional.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Confírmase la sentencia del 19 de julio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que negó las súplicas de la demanda incoada por MARIELA DEL CARMEN BECERRA ROJAS contra el Departamento de Boyacá.



REF: EXPEDIENTE No. 15001233100020032103 01.-
NÚMERO INTERNO: 2519-2007.-
AUTORIDADES DEPARTAMENTALES.-
ACTORA: MARIELA DEL CARMEN BECERRA ROJAS.-

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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


VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA


GERARDO ARENAS MONSALVE


BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ