



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil dieciséis (2016).-

CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Radicación Número: 540012333000 2015 00307 01

Medio de Control PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Actor: HERNÁN ALFONSO OVIEDO LOZANO

Demandado: WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO

**Referencia: PÉRDIDA DE INVESTIDURA – INDEBIDA
DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS -
GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINACIÓN Y
CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA –
CREACIÓN DE FACTORES SALARIALES POR
LOS ENTES TERRITORIALES –
CONVALIDACIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO**

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, el seis (06) de octubre de dos mil quince (2015), mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de pérdida de investidura, presentara Hernán Alfonso Oviedo Lozano en contra de William Villamizar



Laguado, concejal del municipio de San José de Cúcuta para el período 2001-2003.

1.- Antecedentes

1.1.- La demanda

1.1.1.- El ciudadano Hernán Alfonso Oviedo Lozano solicitó la pérdida de la investidura de William Villamizar Laguado, concejal del municipio de San José de Cúcuta elegido para el período 2001-2003, por haber incurrido en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 4° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, esto es, la indebida destinación de dineros públicos.

1.1.2.- Como sustento de su solicitud, la parte demandante relata que el concejo municipal de San José de Cúcuta aprobó el Acuerdo No. 0073 de 29 de octubre de 2002, “(...) *POR EL CUAL SE CREAN, COMO FACTOR SALARIAL, LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, LA PRIMA DE SERVICIOS, EL SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN Y EL AUXILIO DE TRANSPORTE PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL Y DESCENTRALIZADA DEL MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA (...)*”.



1.1.3.- Para la aprobación de dicho acuerdo, el concejo municipal contó con el voto favorable del concejal William Villamizar Laguado.

1.1.4.- En cumplimiento del acuerdo mencionado *“(..) se destinaron recursos del erario a objetos y propósitos prohibidos por la Constitución y la Ley, pues la PRIMA DE BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS y la PRIMA DE SERVICIO solo puede ser devengada por los servidores públicos del orden nacional, razón por la cual se encuentra tipificada la causal de PÉRDIDA DE INVESTITURA por indebida destinación de dineros públicos, en concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado (...)”*.

1.1.5.- En criterio del demandante, el concejal William Villamizar Laguado *“(..) se arrogó una función dada al Congreso de la República, por el artículo 150, numeral 19, literal e, de la Constitución Política, la cual de conformidad con el inciso final de la citada disposición es indelegable en las Corporaciones Públicas (...) El artículo 313 numeral 6, establece que los Concejos solo están facultados para determinar las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleo. Esta atribución no comprende la de crear factores salariales, como lo entendió el Concejal demandado, por cuanto dicha función reitero es privativa del Congreso de la República y del Gobierno Nacional (...)”*.

1.2.- Contestación de la demanda por parte del concejal William Villamizar Laguado



Notificada la presente demanda de pérdida de investidura al demandado, a través de apoderado judicial, y dentro de la oportunidad procesal correspondiente, procedió a contestarla solicitando que se negaran las pretensiones.

1.2.1.- El demandante pone de presente que hasta la expedición de la Sentencia C-402 de 3 de julio de 2012, mediante la cual se declaró la exequibilidad de la expresión “(...) *del orden nacional (...)*” contenida en los artículos 1 y 45 del Decreto 1042 de 1978, “(...) *jurisprudencialmente hubo decisiones en donde se hicieron extensivos estos beneficios, reconocidos en principio para los empleados del orden nacional, a quienes son empleados territoriales (...)*”.

1.2.2.- Es así como “(...) *Haciendo uso de la excepción de inexecutable la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, establecida en el artículo 4 (sic) de la Constitución Nacional, inaplicó la expresión “del orden nacional” establecida en el artículo 1 del Decreto Ley 1042 de 1978, y reconoció estos derechos, circunstancia que en su momento orientó a los administradores municipales a presentar proyectos de acuerdo que tuvieron como fin regular el reconocimiento de la esta (sic) prestación de orden salarial en el nivel territorial ante las condenas de que estaba siendo objeto por el mismo fin, ello en aplicación exclusivo (sic) del artículo 13 Constitucional. (...)*”



y trae a colación el Acuerdo No. 092 de junio 26 de 2003 proferido por el concejo de Bogotá D.C.

1.2.3- La interpretación anterior, resalta el demandado, *“(...) era una interpretación válida, corroborada por la jurisprudencia ulterior del Consejo de Estado, tanto en sede contenciosa Administrativa (sic) emanada de la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, como en sede Constitucional (sic) en sentencias de tutela emanadas de la Sección Primera del Consejo de Estado, así como en criterios dados por la Sala de Consulta y Servicio Civil, que en su momento sirvieron de sustento para fijar este régimen salarial (...).”*

1.2.4.- Adicionalmente, la defensa menciona que el Acuerdo No. 0073 de 2002 se encuentra vigente, no ha sido derogado, y por si fuera poco *“(...) ya hay disposiciones del nivel nacional que no sólo extendieron esta prestación salarial al nivel territorial, sino que se emitieron orientaciones tendientes a determinar que seguirían vigentes la disposiciones normativas expedidas con anterioridad a la expedición del Decreto que extendió la prima de servicios al nivel territorial dada la presunción de legalidad de que gozan estos actos administrativos (...),”* citando el Decreto 2351 de 2014 y la Circular de 21 de noviembre de 2014 expedida por la directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, para indicar que hubo *“(...) una purga de la ilegalidad, lo que hace plenamente válido y legal el acuerdo 0073 de 2002 (...).”*



1.2.5.- Frente a la “(...) *purga de la ilegalidad (...)*”, el demandado resalta que se trata de una figura que hace parte del tema de la convalidación, “(...) *según el cual se considera no viciado de nulidad un acto administrativo que fue ilegal en el momento de su nacimiento, si la norma quebrantada ha desaparecido de la vida jurídica, o se pronuncia el órgano o autoridad competente, dándole plena validez al acto viciado en su inicio, situación ampliamente estudiada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 29 de Mayo de 1933 y por la Sección Primera El Consejo de Estado (sic), sentencia de 24 de abril de 1980, sentencia ésta que respecto a esta figura jurídica de la convalidación de actos administrativos, otorga efectos hacia atrás en cuanto atribuye validez a la disposición desde su origen, es decir efectos ex tunc (...)*”.

1.2.6.- El demandando expone que si los argumentos esbozados anteriormente no fueran suficientes, subraya que en virtud del acta final de acuerdo de la negociación colectiva con las organizaciones sindicales de empleados públicos de 11 de mayo de 2015, se acordó que “(...) *El Gobierno Nacional ratificaría lo expuesto en circulares precedentes del Departamento Administrativo de la Función Pública, donde se señala que los actos administrativos que regulan la prima de servicios en el nivel territorial, de manera diferente a lo señalado en el Decreto 2351 de 2014, no quedaron derogados y gozan de presunción de legalidad (...)*”, lo que evidencia “(...) *aún más la existencia de una convalidación de los actos administrativos que reconocieron primas de servicios en el territorial antes de la expedición del Decreto 2351 de 2014 (...)*”.



1.2.7.- De otra parte, el concejal enjuiciado pone de presente que la legalidad del Acuerdo No. 0073 de 2002 está siendo estudiada por el Juez Cuarto Administrativo Oral del Circuito, Expediente No. 540013333004 2012 00203 00, lo cual da lugar a que opere el fenómeno de la prejudicialidad. Por esta razón, *“(...) hasta que la misma no sea definida por su Juez Natural, esto es, por la jurisdicción Contenciosa Administrativa, no puede predicarse la existencia de una indebida destinación de dineros públicos, siendo evidente que desde la misma decisión manifestación expresa de no existir detrimento al erario público (sic), y en consecuencia a la fecha de contestación de esta demanda no existe prueba de una indebida destinación de dineros públicos, que haga procedente la pérdida de investidura alegada (...)”.*

1.3.- La sentencia de primera instancia

La Sala Plena del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante providencia del seis (06) de octubre de dos mil quince (2015), negó las súplicas de la demanda.

1.3.1.- Inicialmente planteó el problema jurídico que debía resolverse en el presente proceso judicial en la siguiente forma: *“(...) ¿Se debe declarar la pérdida de investidura del Señor WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO, como Concejal del Municipio de San José de Cúcuta, para el período constitucional*



2000-2003, por encontrarse incurso en la causal de pérdida de investidura consagrada en el numeral 4° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, denominada “indebida destinación de recursos públicos? (...)”.

1.3.2.- Posteriormente, afirma que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar porque *“(...) los medios de prueba que obran en el plenario no demuestran la indebida destinación de dineros públicos, aducida por el actor como causal de pérdida de investidura (...)”.*

1.3.3.- Al desarrollar sus argumentos, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander señaló que el Acuerdo No. 073 de 2002 tuvo su sustento normativo en el artículo 313 de la Constitución Política; las leyes 4ª de 1992 y 617 de 2000; así como los decretos 693 y 1919 de 2002.

1.3.4.- Luego se refiere al Decreto 1042 de 1978 para indicar que *“(...) la bonificación por servicios es un factor salarial (...) pago que se realiza en forma anual y que inicialmente reconocía al servidor público un veinticinco por ciento de la asignación básica señalada para el cargo que ocupa el funcionario en la fecha que se cause el derecho a percibirla (...)”* y cita posteriormente el artículo 9 del Decreto 1374 de 2010, señalando que *“(...) Para la H. Corte Constitucional el Decreto 1374 de 2010 deroga los artículos 46, 50 y 62 del Decreto 1042 de 1978 en virtud del tránsito constitucional. No obstante, también dispone que “esas mismas normas pueden estar surtiendo*



efectos, particularmente en el marco de acciones judiciales en curso donde se pretenda su exigibilidad”, para lo cual debe tenerse en cuenta, que el artículo 46 reguló en su momento lo relacionado al monto de la bonificación por servicios prestados, empero, fue por medio del artículo 45 que esta se creó, norma original que se encuentra vigente (...).”

1.3.5.- Concluye su análisis en relación con el punto anterior, resaltando que *“(...) La característica de la bonificación por servicios prestados bajo la égida del Decreto 1042 de 1978, es que ésta se aplica a empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, excluyendo del derecho aparentemente a los empleados del orden territorial (...).”*

1.3.6.- Después recuerda que *“(...) aun cuando el Decreto 1919 de 2002 extendió al nivel territorial únicamente el régimen de prestaciones sociales de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, la posición sobre el reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados y la prima de antigüedad, no ha sido pacífica en el H. Consejo de Estado, órgano de cierre que ha señalado que existen pronunciamientos en los que ha reconocido el derecho de empleados del orden territorial a percibir las mismas, pero no de conformidad en lo establecido en el Decreto 1919 de 2002, sino al inaplicar la expresión “del orden nacional” contenida en el artículo 1° del Decreto 1042 de 1978. A tal punto que, a pesar de no existir una sentencia de unificación,*

se estimó que existía por parte de la Sección Segunda del Consejo de Estado, una línea consolidada sobre el tema, como lo señaló la Sección Primera de la citada Corporación en fallo de tutela del 7 de marzo de 2013 (...).”

1.3.7.- *Agrega que “(...) Finalmente la H. Corte Constitucional en la sentencia C-402 del 3 de julio de 2013 declaró la exequibilidad de la expresión “del orden nacional” contenida en el artículo 1° del Decreto 1042 de 1978, así como el aparte “funcionarios a quienes se aplica el presente” del artículo 58 ibídem y otros, que por vía de excepción de inconstitucionalidad el Consejo de Estado venía aplicando al considerar que violaba 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 (...)” y aclara que “(...) El fallo de exequibilidad de la Corte Constitucional es posterior a todas las providencias del Consejo de Estado que constituían un precedente en dicha materia, quedando en esa manera zanjada la discusión, obviamente a partir de la fecha de esta sentencia C-402 de 2013 en cuanto a su parte resolutive que dispuso la exequibilidad del Decreto 1048 de 1978 del término “del orden nacional” contenida en el artículo 1° (...).”*

1.3.8.- *Así mismo se refiere a la prima de servicios mencionando que “(...) es otro de los factores incluido en el Acuerdo 073 de 2002 ya precitado. Al igual que lo acontecido con la bonificación por servicios prestados, este factor fue*



creado por el Decreto 1042 de 1978 (...) Este componente comparte con la bonificación por servicios, su acto de creación, su naturaleza salarial y especialmente que su tratamiento al interior del H. Consejo de Estado en lo relacionado con la aplicación de estos factores a favor de los empleados del nivel territorial no ha sido uniforme y menos sosegado, no obstante, el máximo tribunal en aras de proteger el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 constitucional y bajo la égida del artículo 4 de la Carta ha inaplicado la expresión “del orden nacional” de las normas que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales, para hacerlas extensivas a los empleados del orden territorial (...).

1.3.9.- *Al entrar a estudiar el caso en concreto, la primera instancia estima que “(...) previo a la aprobación del citado acuerdo por parte del Concejo Municipal, existía un concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública sobre la remuneración de prestaciones sociales, en el cual se señaló expresamente que la prima de servicios, el auxilio de alimentación y la bonificación por servicios prestados son elementos salariales, para el caso de los empleados públicos de San José de Cúcuta debe ser fijados por el Concejo Municipal, aun con posterioridad a la vigencia del Decreto 1919 de 2002, concepto fundamentado con la Circular No. 001 del 28 de agosto de 2002 del mismo Departamento Administrativo de la Función Pública (...).*

1.3.10.- *Y adiciona que “(...) el actor no logró siquiera probar que el Señor WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO votó favorablemente para la aprobación*



del Proyecto 088 de 2002, que se convirtió posteriormente en el Acuerdo 073 de ese año, pues el acta del 22 de octubre de 2002, sólo da cuenta de que el demandado asistió a la plenaria del respectivo debate (...)

1.3.11.- En suma, para el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el demandante omitió demostrar que la conducta del concejal “(...) *cumple las exigencias previstas para la procedencia de la causal (...)*” y por el contrario, lo que encuentra la Corporación es que “(...) *los precedentes traídos por la representación judicial del accionado y por el ministerio prueban la buena fe y confianza legítima del actor ante la presunta aprobación del demandado del proyecto objeto de la conducta endilgada como causal, posición que asumieron en diferentes entes territoriales y que en el presente caso fue posterior a la Circular No. 1 del 28 de agosto de 2002 del Departamento Administrativo de la Función Pública, además de los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado frente a casos similares al que acá nos ocupa en las que ha reconocido estos derechos a empleados territoriales, al interpretar la expresión “del orden nacional” en aplicación de principios constitucionales, no siendo ninguna de unificación, si fijó una línea sobre el tema a partir del artículo 13 de la Carta Política extendiendo los beneficios contenidos en el Decreto 1042 de 1978 a empleados del orden territorial, por lo que podemos concluir que sobre el tema, que ni siquiera en la jurisdicción contenciosa administrativa se tuvo una posición pacífica, por lo que no se le puede atribuir una conducta que deba ser sancionada con pérdida de investidura a unos servidores de los cuales ni siquiera se les*



exige para su ejercicio conocimientos jurídicos, como son los concejales (...)”.

1.3.12.- Finalmente considera que el presente caso es distinto del aquel en que la Sala decretó la pérdida de la investidura *“(...) por demostrarse que incurrieron en indebida destinación de dineros públicos, quienes crearon una prima técnica para unos cargos individualizados por el nombre de quienes lo ostentaban (...)*”.

1.4.- El recurso de apelación

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte demandante, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque dicha providencia judicial y, en su lugar, se decreté la pérdida de la investidura del concejal William Villamizar Laguado, esbozando los siguientes argumentos:

1.4.1.- El demandante señala que *“(...) Frente a la postura de la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, es pertinente manifestar lo siguiente (...) Algunos operadores judiciales han amparado el reconocimiento y pago de estos factores salariales bajo el entendido del derecho de igualdad y la inaplicación de la expresión del “orden nacional” (...) Considero que, debe tenerse en cuenta el criterio orientado hacia: la*



naturaleza y diferencia entre el factor salarial y prestacional los cuales no deben entenderse como semejantes (...)”.

1.4.2.- *“(...) Esa diferencia permite afirmar que la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander que justifica la expedición del Acuerdo No. 073 de 2002 para aplicar esos factores salariales para los servidores públicos adscritos al nivel territorial configura un exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas para la expedición del Decreto 1042 de 1978 y que al ejercer facultades en ese sentido por el Concejo Municipal de Cúcuta, resultan inconstitucionales e ilegales pues por ese mismo orden la resultan proscritas (sic). (...)*

1.4.3.- *“(...) Dentro del marco legal y jurisprudencial la precitada bonificación por servicios prestados, es factor salarial y no prestacional porque es integrante de la remuneración directa que devenga por su labor el empleado públicos (...) Por ello, el Decreto 1042 de 1978 en cuanto regulación de factores salariales no es aplicable al orden territorial, por cuanto el artículo 1° de este precepto ha establecido en su ámbito de aplicación que el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que establece el Decreto regirá para los empleados públicos que desempeñen sus funciones en el orden nacional, con las excepciones establecidas para ello (...) Igualmente se puede afirmar que, el Decreto 1919 de 2002, no regula el régimen salarial sino prestacional (de aquí la importancia de su diferenciación) de los empleados públicos y es en cuanto este factor que los*



ha equiparado (prestacional), por lo que no le es dable a los destinatarios del precepto legal dar una interpretación distinta a la del querer del legislador (...).”

1.4.4.- *“(...) Esta norma [Decreto 1919 de 2002] hace extensivo a los empleados públicos de los niveles central y descentralizado del orden territorial (departamentos y municipios) el régimen de prestaciones sociales señalando para los empleados del orden nacional, de tal manera que no les hizo extensivo el régimen salarial; y teniendo en cuenta la diferencia de conceptos señalada en párrafos anteriores respecto a salarios y prestaciones sociales, la norma es clara en su sentido literal y no es fuente de derechos salariales como lo pretende presentar la sentencia del Tribunal Administrativo y menos de facultad para creación del Concejo Municipal de Cúcuta (...).”*

1.4.5.- *“(...) En consecuencia no estando consagrada la bonificación por servicios prestados en los decretos anuales de límites salariales para los servidores territoriales, mucho menos es constitucional o legal que el Concejo Municipal de Cúcuta la cree o establezca no teniendo tal facultad atribuida ni legal y mucho menos constitucionalmente. Tampoco es factible que el Tribunal Administrativo del Norte de Santander aplique sin existir un mandato constitucional de regulación uniforme de los regímenes salariales de los servidores públicos del nivel nacional y del nivel territorial (...).”*



1.4.6.- *“(...) La facultad de crear factores salariales y prestacionales desde la vigencia del Acto Legislativo 01 de 1968 está en manos del Congreso de la República y desde la vigencia de la Constitución 1991 se da una concurrencia que tiene la calidad de restringida, en el sentido que el Congreso fija pautas generales dentro de las cuales se mueve el gobierno central y que le permite fijar unos máximos y mínimos en que deben actuar las entidades territoriales (...).”*

1.5.- Alegatos de conclusión en segunda instancia y concepto del agente del Ministerio Público

Mediante escritos del 22 de febrero y 2 de marzo de 2016, los apoderados judiciales del demandado y el demandante ratificaron los argumentos expuestos a lo largo del proceso judicial, el primero solicitando la confirmación de la sentencia de primera instancia y el segundo su revocatoria para que en su lugar se decrete la pérdida de la investidura del concejal William Villamizar Laguado.

El agente del Ministerio Público intervino en esta instancia mediante escrito de 17 de marzo de 2016, solicitando que se decrete la pérdida de la investidura del concejal William Villamizar Laguado.

1.5.1.- Comienza señalando que *“(...) Los Concejos Municipales en materia salarial, de conformidad con el artículo 313, numeral 6 de la Constitución*



Política, sólo están facultados para determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, atribución que no comprende la de crear factores salariales, como lo entendió el Concejal demandado al participar en la creación de unos factores salariales a los empleados públicos del Municipio de Cúcuta; por cuanto ello es función privativa del Congreso de la República y el Gobierno Nacional (...)”, afirmación que tiene sustento en el Concepto No. 1518 de 11 de septiembre de 2003 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y en la sentencia de 13 de febrero de 2014, proferida por la Sección Segunda, Subsección A, de la misma Corporación, así como en la Sentencia C-402 de 3 de julio de 2013 de la Corte Constitucional.

1.5.2.- *Infiere, entonces, que “(...) al estudiar y aprobar el Proyecto No. 088 de 2002 (...) que se convirtió en el Acuerdo No. 073 de 22 de octubre de 2002; se arrojó una función dada al Congreso de la República por el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política, la cual, de conformidad con el inciso final de la citada disposición es indelegable en las Corporaciones Públicas Territoriales (...)*”.

1.5.3.- *Igualmente y frente a la afirmación del Tribunal Administrativo de Norte de Santander en el sentido de que no era posible atribuirle una conducta sancionable con la pérdida de la investidura a unos servidores públicos a los que no se les exige, para el cumplimiento de sus funciones, conocimientos jurídicos, resalta que “(...) tal circunstancia no es de recibo ni*



justificar su actuar, pues, de un lado, sabido es que la ignorancia de la ley no sirve de excusa para incumplir las normas, y menos pretender ser relevado de las consecuencias legales que ello acarrea, máxime si la causal endilgada, esto es, la indebida destinación de dineros públicos, prevista en el artículo 48, numeral 4, de la Ley 617 de 2000, no contempla causal de justificación alguna, como sí las consagró el Legislador para las indicadas en los numerales 2 y 3, y el hecho de que durante años se haya otorgado esos factores salariales, no hace legal su reconocimiento. (...)”.

1.5.4.- Anotó el agente del Ministerio Público frente a la existencia del concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública basado en la Circular No. 001 del 28 de agosto de 2002 que “(...) *el alcance de los conceptos de la Administración la Corte Constitucional ha sostenido que no son obligatorios ni de su contenido se puede derivar responsabilidad patrimonial en cabeza de la entidad que lo emitió (...)*” y adicionalmente, que “(...) *como se anotó en párrafos precedentes el Consejo de Estado en sentencia de 4 de agosto de 2010 – Sección Segunda, Radicación: número: 11001-03-25-000-2002-00224-01 (4564-02); 11001-03-25-000-2002-00276-01 (5882-02); actor: LUÍS ALBERTO JIMÉNEZ POLANCO, JORGE LUÍS NIGRINIS DE LA HOZ, JORGE ELIECER MANRIQUE VILLANUEVA; Demandado: GOBIERNO NACIONAL; M.P., Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, al analizar la demanda de nulidad del Decreto 1919 de 2002, unificó su criterio en el sentido que en tratándose de materia salarial y prestacional tanto para el Nivel Nacional como Territorial la competencia es exclusiva del Ejecutivo Nacional. Lo que indica sin temor a equívocos que de las*



sentencias enunciadas en el concepto del Departamento de la Función Pública, que datan de los años 1992 y 1999, no se pueden inferir que la facultad de establecer escalas de remuneración comprende no solo la de fijar la asignación básica del empleo, sino de otros factores salariales; por la potísima razón que la Constitución Nacional no lo establece, y porque la Jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo ha evolucionado en ese punto, ateniéndose a lo previsto en el Canon Constitucional (...).”

1.5.5.- Frente a la participación del demandado en la votación, el Procurador Delegado encuentra que “(...) *aceptando en gracia de discusión que el Concejal WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO no votó favorablemente para la aprobación del Proyecto No. 088 de 2002 que se convirtió posteriormente en el Acuerdo No. 073 del mismo año, cierto si es que, obra en el expediente a folios 44 y 45 Acta de 22 de octubre de 2002 en la que se evidencia que el señor Villamizar Laguado respondió el llamado a lista respecto de la aprobación del estudio en segundo debate del Proyecto No. 088 de 2002, que, independientemente de su decisión de aprobación o no, como miembro activo de la Corporación Municipal, esto es, Concejal del Municipio de Cúcuta, es responsable políticamente ante la sociedad, el partido, movimiento o grupo significativo de ciudadanos y frente a sus electores, por el cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura, basado en los principios y deberes recalcados en la Carta Política y el Reglamento Interno del Municipio (...)*” y adiciona que no se encuentra acreditado que el concejal demandado haya manifestado impedimento alguno o presentado excusa al



momento de la votación conforme el Acuerdo No. 0188 de 2001 o que haya dejado sentado que votó en forma desfavorable el proyecto.

1.5.6.- Finalmente cita la sentencia de 12 de febrero de 2015 dictada en el Expediente No. 2013-01077-01, para señalar que la Sala ha reiterado que los concejales, al expedir acuerdos que crearon factores salariales como en el presente caso, usurpan funciones propias del Congreso de la República, específicamente la prevista en el literal e, numeral 19, del artículo 150 de la Carta Política.

2.- Consideraciones de la Sala

2.1.- Procedibilidad de la acción pérdida de investidura

En el expediente (Fol. 29, Cuaderno Principal), se encuentra copia del acta parcial de escrutinio de los votantes para el concejo del municipio de San José de Cúcuta, formato E-26, correspondiente a las elecciones del 29 de octubre de 2000, en la que se declara como elegido para esa corporación, entre otras personas, a “(...) *VILLAMIZAR LAGUADO WILLIAM* (...)”.

Así mismo, reposa (Fol. 31-38, Cuaderno Principal) el acta que da cuenta de la sesión del concejo municipal de San José de Cúcuta del 2 de enero de 2001, en la que se posesionaron los concejales elegidos para el período 2001-2003, entre ellos, el ciudadano William Villamizar Laguado.



Así las cosas, el ciudadano William Villamizar Laguado es sujeto pasivo de la acción de pérdida de investidura.

2.2.- Problema jurídico

Corresponde establecer a la Sala si el concejal demandado, William Villamizar Laguado, incurrió en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 4° de la Ley 617 de 2000, esto es, por indebida destinación de dineros públicos, al haber participado, con su voto afirmativo, en la expedición del Acuerdo No. 0073 de 29 de octubre de 2002, *“(...) POR EL CUAL SE CREAN, COMO FACTOR SALARIAL, LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS, LA PRIMA DE SERVICIOS, EL SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN Y EL AUXILIO DE TRANSPORTE PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL Y DESCENTRALIZADA DEL MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA (...)”*, si se tiene en cuenta que conforme a los artículos 150 (numeral 19) y 313 (numeral 6) de la Carta Política, los concejos municipales no tienen la atribución de establecer factores salariales.

Teniendo en cuenta que el actor señala en su demanda que la causal de pérdida se encontraría configurada en la medida en que *“(...) se destinaron recursos del erario a objetos y propósitos prohibidos por la Constitución y la Ley, **pues la PRIMA DE BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS y la***



PRIMA DE SERVICIO solo puede ser devengada por los servidores públicos del orden nacional, razón por la cual se encuentra tipificada la causal de **PÉRDIDA DE INVESTITURA** por indebida destinación de dineros públicos, en concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado (...)", la Sala limitará su análisis a estos dos factores salariales.

2.3.- La causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos en que habría incurrido el demandado

La inhabilidad que se le endilga al demandado es la prevista en el numeral 4° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, que al tenor señala:

"(...) Artículo 48.- Pérdida de investidura de diputados, concejales municipales y distritales y de miembros de juntas administradoras locales. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

(...)

4. Por indebida destinación de dineros públicos (...)".

En relación la configuración de esta causal de pérdida de investidura, ha indicado esta Sala, en forma reiterada, lo siguiente:

"(...) Para establecer si los Concejales demandados incurrieron o no en la causal prevista en el artículo 48, numeral 4, de la Ley 617 de 2000, esto es, la indebida destinación de dineros públicos, la Sala precisa lo siguiente:

Cabe señalar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en sentencia 30 de mayo de 2000 (Expediente núm. AC-9877, Consejero ponente doctor Germán Rodríguez Villamizar), se pronunció sobre los alcances del concepto de indebida destinación de dineros públicos, señalando que el elemento tipificador de esta causal de pérdida de investidura “está en el hecho de que el Congresista, en su condición de servidor público, con su conducta funcional al ejercer las competencias de las que ha sido revestido, traiciona, cambia o distorsiona los fines o cometidos estatales, preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento, para destinar los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o a otros sí autorizados pero diferentes a aquellos para los cuales se encuentran asignados, o cuando aplica tales recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas, o cuando la finalidad es obtener un incremento patrimonial personal o de terceros, o cuando pretende derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas”.

Postura que ha sido objeto de múltiples reiteraciones por la misma Sala Plena de lo Contencioso Administrativo¹ y también por la Sección Primera del Consejo de Estado, entre otras, en sentencias de 1o. de julio de 2004 (Expediente núm. 2003-00194, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), 9 de noviembre de 2006 (Expediente núm. 2005-01133, Consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade), 16 de julio de 2009 (Expediente núm. 2008-00700, Consejera ponente doctora Martha Sofía Sanz Tobón) y 14 de diciembre de 2009 (Expediente núm. 2009-00012 (Expediente núm. 2009-00012, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta). (...)²

¹ En sentencias de 20 de junio de 2000 (Expediente núm. 9876); de 6 de marzo de 2001 (Expediente núm. AC-11854) y de 17 de julio de 2001 (Expediente núm. 0063-01).

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ, Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil quince (2015), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-01077-01(PI), Actor: JOSE GUALDRON GUERRERO, Demandado: CONCEJALES DEL MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA – SANTANDER. Reiterada en CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero



2.4.- El análisis del caso concreto y del recurso de apelación formulado por la parte demandante

2.4.1.- La participación del demandado en la aprobación del Acuerdo No. 073 de 2002.

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander consideró en la decisión de primera instancia que *“(...) el actor no logró siquiera probar que el Señor WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO votó favorablemente para la aprobación del Proyecto 088 de 2002, que se convirtió posteriormente en el Acuerdo 073 de ese año, pues el acta del 22 de octubre de 2002, sólo da cuenta de que el demandado asistió a la plenaria del respectivo debate (...)”*.

En relación con esta afirmación de la primera instancia, resulta necesario acudir a la demanda de pérdida de investidura. En ella, el demandante relata como un hecho que sustenta su solicitud que *“(...) En la aprobación del este acuerdo participó y voto el Honorable Concejal WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO (...)”*.

ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil quince (2015), Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00419-01(PI), Actor: VEEDURÍA CIUDADANA POR DOSQUEBRADAS, Demandado: JULIÁN ALONSO CHICA CARDONA Y OTROS, Referencia: MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA

En la contestación de la demanda, la defensa del concejal claramente afirma, frente a los hechos esbozados por el demandante, que “(...) *Es cierto, y eso data ya trece años, son circunstancias objetivas que efectivamente sucedieron y que este extremo procesal no desconoce, por cuanto ello está certificado en las actas y documentos que acompañan la demanda (...)*”.

Dicha manifestación, conforme los lineamientos del artículo 191 del Código General del Proceso³ se hizo libre y conscientemente sobre hechos personales del demandado, respecto de los que la ley no exige otro medio de prueba y que claramente le producen consecuencias jurídicas adversas al concejal, además de que el apoderado judicial del demandado se encuentra autorizado para hacerla conforme el artículo 193 del Código General del Proceso⁴.

³ **Código General del Proceso. ARTÍCULO 191. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN.** La confesión requiere:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.
2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.
3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.
4. Que sea expresa, consciente y libre.
5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.
6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.

La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas.

⁴ **Código General del Proceso. Artículo 193. CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL.** La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita.



Esta Sala, entonces, encuentra probado que el demandante **votó afirmativamente el proyecto de acuerdo que se convirtió en el Acuerdo No. 073 de 2002.**

La conclusión a la que arriba esta Sala en modo podría desconocer el artículo 33 de la Carta Política y la correlativa improcedencia del interrogatorio de parte en los proceso de pérdida de investidura, prohibición de la cual dan cuenta numerosas decisiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo⁵ y de esta Sala⁶.

El artículo 33 de la Carta Política señala:

“(...) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (...)”.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero Ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, Auto de seis (6) de octubre de dos mil quince (2015), Radicación número: 11001-03-15-000-2014-01602-00(A), Actor: PABLO BUSTOS SANCHEZ, Demandado: HOLGER HORACIO DIAZ HERNÁNDEZ.

⁶ Ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejera ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON, Sentencia de veintisiete (27) de marzo de dos mil ocho (2008), Radicación número: 13001-23-31-000-2007-00521-01(PI), Actor: ZAFARIS SEÑAS SIERRA, Demandado: CARLOS SEGUNDO DURAN B. Referencia: APELACION SENTENCIA. PERDIDA DE INVESTIDURA

La Corte Constitucional, en distintas providencias ha establecido el alcance de este artículo constitucional. En la Sentencia C- 258 de 2011, la Corporación indicó:

“(...) 3. Alcance del derecho a la no autoincriminación

(...)

Al margen de esas consideraciones, lo cierto es que, en la medida en que el derecho disciplinario es una expresión del ius puniendi del Estado, la garantía del artículo 33 de la Constitución tiene plena aplicación en todos los procesos, judiciales o administrativos, orientados a establecer la responsabilidad disciplinaria de quienes desempeñen funciones públicas. Así, la Corte, en Sentencia C-431 de 2004 expresó que “(...) la garantía constitucional de no autoincriminación opera dentro del contexto de la actuación punitiva del Estado, de la cual el derecho disciplinario es una de sus manifestaciones”. De manera más general la Corte había puntualizado que “[e]l derecho disciplinario, por su naturaleza sancionadora, es una especie del derecho punitivo (...)” y que “[e]llo implica que las garantías sustanciales y procesales del derecho más general, el penal, sean aplicables al régimen disciplinario.”⁷

3.2. En cuanto hace al contenido de la garantía, cabría señalar que, de acuerdo con la norma constitucional, las personas no pueden ser obligadas a declarar contra sí mismas o contra sus allegados. Esa aproximación ubica el asunto, en principio, en el ámbito del proceso, de la

⁷ Sentencia C- 769 de 1998, M.P Antonio Barrera Carbonell.

indagación, de la averiguación, para excluir la posibilidad de que la persona sea compelida, por cualquier, medio a declarar contra sí misma o contra sus allegados.

(...)

En la Sentencia C-228 de 2003, la Corte expresó que no puede ser objeto de reproche constitucional el hecho de que el sindicado, en ejercicio del derecho de defensa, alegue que él no fue el autor del hecho punible que se investiga y se pretende sancionar, pero agregó, que “[e]so es distinto a obstaculizar la recta administración de justicia con conductas encaminadas a que se abandone la investigación sobre el sindicado, mediante imputaciones falsas a otras personas, o a la realización de otras maniobras por el imputado para que se desvíe la investigación, pues en tales casos ya no se trata del ejercicio del derecho de defensa, sino de obstaculizar la acción del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional, razón ésta por la cual se encuentra ajustado a la Constitución que esa circunstancia constituya causal de agravación punitiva.”

De este modo, la garantía de la no incriminación implica un derecho al silencio, a utilizar las estrategias que se consideren más adecuadas para la defensa, pero no se extiende hasta las conductas fraudulentas u obstructivas.

La garantía se orienta a evitar que la decisión adversa a la persona provenga de su propia declaración obtenida mediante cualquier tipo de presión o coacción física o moral. En ese contexto se consagró un derecho a guardar silencio,

del cual, a su vez, se deriva la consecuencia de que tal situación, esto es la negativa a declarar, en cuanto que se encuentra constitucionalmente amparada, no puede tener repercusiones negativas en el ámbito del proceso, en cuanto no puede tomarse como indicio de responsabilidad.

(...)

De este modo, a partir de las disposiciones de derecho interno, de las previsiones de los tratados internacionales, y de la doctrina de derecho comparado, se ha tratado de definir el alcance de la garantía, identificando entre sus componentes, con distintos matices, **el presupuesto fundamental conforme al cual la persona no puede ser obligada a declarar en su contra, proscribiendo toda modalidad de tortura o de presión física o psicológica, así como la posibilidad de conminar a una persona declarar o de sancionarla por abstenerse de hacerlo amparada en esta garantía; la exigencia de que, en los ámbitos en los cuales opere la garantía, la persona sea advertida de su derecho a no declarar, o la prohibición de hacer inferencias negativas a partir del silencio de quien se ampara en esta garantía.** Además de esos elementos, en torno a los cuales existe amplio consenso, también se ha avanzado en la discusión de algunas aristas de la cuestión que presentan no pocas dificultades, como aquellas relativas a si la declaración voluntaria puede o debe hacerse bajo juramento, o si la garantía de la no incriminación comprende un derecho a faltar a la verdad en las declaraciones.

En ese contexto, la Corte Constitucional, en distintos pronunciamientos, ha ido delineando, en una perspectiva general,

el alcance de la garantía.

En la Sentencia C-024 de 1994, la Corte señaló que el artículo 33 de la Constitución se refiere a que nadie -sin excepción alguna-, podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil y que la intención del Constituyente estaba encaminada a la proscripción e invalidación de todo procedimiento que produzca la confesión forzada o no voluntaria de quien declara ante las autoridades. Agregó la Corte que una de las consecuencias de esta prohibición es que ninguna autoridad puede exigir a persona alguna que preste declaración, contra sí o contra alguno de sus parientes en los grados que indica la norma.

(...)

Esa garantía, por otra parte, se vincula de manera indisoluble con la presunción de inocencia, contenida en el artículo 29 de la Constitución, porque quien decide no declarar, debe tenerse como inocente y le corresponde al Estado establecer, fuera de toda duda, la responsabilidad, y con la previsión del mismo precepto Superior que excluye toda prueba obtenida con violación del debido proceso, como sería la declaración del sujeto investigado en cuya producción se hubiese desconocido la prescripción del artículo 33 de la Carta. Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que “(...) la prohibición de declarar contra sí mismo, su cónyuge o compañero permanente y sus parientes más allegados, está íntimamente vinculada con la presunción de inocencia que respecto de las personas juzgadas por delitos establece el artículo 29 de la misma

Constitución, mientras no se les haya declarado judicialmente culpables, por reputarse consustancial a esta clase de procesamientos que sea el Estado el obligado a probar la culpabilidad de la persona en la comisión de un hecho calificado previamente como delictuoso.”⁸

*Es decir, dentro del proceso penal, el silencio voluntario del individuo se constituye en un derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso⁹. En efecto, en la Sentencia C-621 de 1998, la Corte puntualizó que “[c]on base en la garantía constitucional sobre **no autoincriminación**, el silencio voluntario del individuo llamado a indagatoria se constituye en una forma de defensa y por tanto en un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso.” Agregó la Corporación que “[a]nte la evidencia de que contra la persona se inicia un proceso penal que eventualmente puede culminar en una sentencia en su contra, aquélla cuenta con la garantía constitucional que presume su inocencia. Es el Estado el que corre con la carga de la prueba y, en consecuencia, es de su resorte impulsar la actividad procesal orientada a establecer la verdad de los hechos y a desvirtuar, si las pruebas que aporte y que se controvierten a lo largo del proceso se lo permiten, la presunción que favorece al procesado. **De allí resulta que éste, quien no está en la posición jurídica activa, se halla exento de la carga de la prueba. No debe demostrar su inocencia. Le es lícito, entonces, hacer o dejar de hacer; decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor. Y en esa actitud, que es justamente la que el debido proceso protege, le es permitido callar. Más aún, la Constitución le asegura que no puede ser obligado a hablar si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus***

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia 129 de 17 de octubre de 1991.

⁹ Cfr. C-776 de 2001



allegados.”(...)”

La garantía de la no autoincriminación pretende, entonces, que las personas **no sean obligadas a declarar contra sí mismas o contra sus allegados**, esto es, proscribir toda actuación de las autoridades **que pretenda la confesión no voluntaria de quien es parte en un proceso** y por ello, en los procesos de pérdida de investidura, se ha protegido esta garantía rechazando las solicitudes probatorias que han tenido por objeto la declaración de la parte demandada en la medida en que por esta vía se pretende obligarlo a declarar contra sí mismo provocando su confesión.

En manera alguna la jurisprudencia constitucional, seguida por la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ha proscrito de manera absoluta la confesión. En esa medida, ha indicado la misma Corte Constitucional, en la Sentencia C- 102 de 2005 que:

*“(...) 4.3 Para la Corte es claro que conforme a lo expuesto en la sentencia C-422 de 2002, ya citada, **la garantía constitucional a la no autoincriminación no se opone en ningún caso a la confesión como medio de prueba, siempre que ésta sea libre, es decir, sin que de manera alguna exista coacción que afecte la voluntad del confesante, requisito igualmente exigible en toda clase de procesos. La confesión, esto es la aceptación de hechos personales de los cuales pueda derivarse una consecuencia jurídica desfavorable, como medio de prueba no implica por sí misma una autoincriminación en procesos civiles, laborales o administrativos. De la misma manera, ese medio de prueba es admisible en el proceso penal, pero en***



todo caso, en ninguna clase de procesos puede ser compelida la persona a la aceptación de un hecho delictuoso, que es en lo que consiste la autoincriminación, que la Constitución repudia. (...)

Ahora bien, tratándose de los hechos que se admiten y niegan con ocasión de la contestación de la demanda, señaló la Corte Constitucional, que:

(...) 6. Examen de cada una de las disposiciones y el cargo que se esgrime, de violar el principio de no autoincriminación.

Del Código de Procedimiento Civil.

6.1 Los demandantes acusan parcialmente el artículo 92 de este Código que establece en el numeral 2 que la contestación de la demanda contendrá “2. Un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones y los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten y los que se niegan. En caso de no constarle un hecho, el demandado deberá manifestarlo así.” Y el inciso final que señala que “Si el demandado no está de acuerdo con la cuantía señalada en la demanda, deberá alegar la excepción previa de falta de competencia; si no lo hiciera, quedará definitiva para efectos de ésta.”

Acusan el artículo 95, porque señala que la falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, serán apreciadas por el juez como indicio grave en contra del demandado, salvo que la ley le atribuya otro efecto.

Las razones de la inconstitucionalidad de estas disposiciones, para los actores consisten en que como le corresponde al demandado contestar si está o no de acuerdo con los hechos y las cuantías que discute el demandante, significa que el artículo 92, en lo acusado “obliga a declarar contra sí mismo; habida cuenta que al admitir un hecho o al negarlo, o al aceptar o no la cuantía, se está autoincriminando, por cuanto tal declaración se hace bajo juramento y, puede ser utilizada en su contra.” (fl. 7) También se vulnera el artículo 95, por las consecuencias que implica la no contestación de la demanda “al considerarse que su conducta se debe tener como indicio en contra; de donde se desprende el hecho que el demandado se ve obligado a declarar sobre los hechos y pretensiones so pena de ser sancionado; lo que permite concluir que se ve obligado a declarar contra sí mismo; lo que se encuentra prohibido constitucionalmente.” (fl. 8).

Para la Corte no prospera el cargo de violación de la prohibición de autoincriminación contra los artículos 92 y 95 por la sencilla razón de que la contestación de la demanda no es obligatoria para el demandado. Esta se constituye en una importante herramienta para el ejercicio del derecho de contradicción y para señalar al juez y al demandante cuál es la posición del demandado en el proceso. Además, el artículo 95 no dice lo que los actores dicen que dice, pues de la lectura textual del artículo no se desprende que el juez queda obligado a tener tal conducta del demandado – la no contestación de la demanda - como indicio grave en su contra. Lo que dice el artículo 95 es que este hecho será apreciado por el juez como indicio grave en contra del demandado, lo que es sustancialmente distinto.

Es decir, la no contestación de la demanda será tenida en cuenta por el juez como una de las conductas para deducir

indicios (art. 249 del mismo Código), indicios que por mandato de la ley, deberán ser apreciados en conjunto por el juez “teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso” (art. 250 ibídem).

Debe sólo advertirse que al hacer el demandado el pronunciamiento exigido en el numeral 2 del artículo 92, al contestar la demanda, si debe pronunciarse sobre hechos que impliquen responsabilidad penal suya o de las personas más allegadas en los términos del artículo 33 de la Carta, el interesado puede abstenerse de hacer tal pronunciamiento y el juez deberá garantizar este privilegio constitucional de la parte.

En consecuencia, los artículos 92, en lo demandado, y 95 del C. de P.C. serán declarados exequibles por no violar el artículo 33 de la Constitución. (...)

En la medida en que lo que proscribe el artículo 33 de la Carta Política es que se obligue al concejal demandado a confesar, resulta evidente y claro que se prohíba su citación al proceso para que rinda declaración de parte, el cual tendrá como objeto precisamente forzar una declaración contra sí mismo.

Sin embargo, nada obsta para que el demandado, libremente, y en ejercicio de su derecho de defensa, se refiera a la solicitud de pérdida de investidura y en ella acepte como ciertos todos o algunos hechos alegados por la parte demandante, en la medida en que: (1) la ley no prevé que dicho



pronunciamiento sea obligatorio para el concejal; y (2) al referirse a la solicitud de pérdida de investidura, aquel puede abstenerse de referirse sobre ciertos hechos que impliquen responsabilidad penal y disciplinaria suya.

Por ello, entonces, se precisa la tesis expuesta en la sentencia de 26 de junio de 2013¹⁰, pues, se reitera, la garantía de no autoincriminación **se protege adecuadamente prohibiendo la práctica del interrogatorio de parte en esta clase de procesos**, lo que no excluye que el demandado, en ejercicio de su derecho de defensa, se refiera a la solicitud de pérdida de investidura y en ella acepte como ciertos todos o algunos hechos alegados por la parte demandante, conforme se ha expuesto extensamente.

Cabe señalar, para complementar este análisis, que en aquella oportunidad, la Sala, siguiendo el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil¹¹ (hoy artículo 191 del Código General del Proceso), concluyó que era improcedente la confesión para acreditar hechos respecto de los cuales la ley

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero Ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil trece (2013), Radicación número: 15001-2331-000-2012-00228-01(PI), Actor: LUIS ÁNGEL BORDA ROJAS, Demandado: VICENTE ANIBAL OJEDA MARTÍNEZ, Referencia: APELACION SENTENCIA

¹¹ **Código de Procedimiento Civil. ARTÍCULO 195. REQUISITOS DE LA CONFESION.** La confesión requiere:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.
2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.
3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.
4. Que sea expresa, consciente y libre.
5. Que verse sobre los hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento.
6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.



exige otro medio de prueba, en dicho caso, **para acreditar la condición de servidor público**. En efecto la Sala afirmó lo siguiente:

“(...) Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera la posibilidad del medio de prueba referido en los juicios de pérdida de investidura, el mismo no resulta procedente para los fines que se pretenden en este asunto, al no cumplir con las exigencias que prevé el estatuto de procedimiento civil, en cuyo artículo 195 numeral 3º se dispone como requisito de dicha prueba “Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba”.

El demandante pretende que a través de la confesión que, a su juicio, se deriva de la manifestación del apoderado del demandado hecha en la contestación de la demanda, se pruebe que el señor HÉCTOR ANÍBAL OJEDA PINILLA ocupó el cargo de Jefe de la Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario del Departamento de Boyacá dentro dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección del concejal acusado.

El anterior es un hecho respecto del cual la ley exige como medio de prueba idóneo y válido uno distinto a la confesión, como es el documento. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 50 de 1886, normativa vigente, el desempeño en empleos públicos debe ser acreditado a través de los respectivos documentos en los que conste ese hecho, o en sus copias auténticas (...)

2.4.2.- El Acuerdo No. 0073 de 29 de octubre de 2002



El demandado es acusado de destinar, indebidamente, dineros públicos tras haber participado en la aprobación, emitiendo su voto favorable, del Acuerdo No. 0073 de 2002.

Mediante el Acuerdo No. 0073 de 29 de octubre de 2002 se crean, como factor salarial, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, el subsidio de alimentación y el auxilio de transporte para los empleados públicos de la administración central y descentralizada del municipio de San José de Cúcuta. El contenido del acuerdo, en lo que interesa a este proceso, es el siguiente:

“(...) EL CONCEJO MUNICIPAL DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA

En uso de las facultades contenidas en el Artículo 313, numeral 6, de la Constitución Política y atendiendo lo dispuesto por las leyes 4ª de 1992 y 617 de 2000, y los decretos 693 y 1919 de 2002 de la Presidencia de la República

(...)

ACUERDA

TÍTULO I

FACTORES SALARIALES – CAMPO DE APLICACIÓN



ARTÍCULO 1°.- FACTORES SALARIALES.- Además de la asignación básica, los empleados públicos al servicio de la Administración Central y Descentralizada, de San José de Cúcuta tendrán derecho a los factores salariales establecidos por este acuerdo.

Exceptuándose de este acuerdo los empleados oficiales del Instituto Municipal de Salud E.S.E. – Imsalud -, conforme al artículo 2° del Decreto 1919 de 2002, y los empleados de la Secretaría de Salud y la Secretaría de Educación Municipal cuyos regímenes prestacionales vienen regidos por disposiciones del orden Nacional.

TÍTULO II

BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS

ARTÍCULO 2°: DE LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS.- Créase la bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el artículo 1° de este acuerdo.

Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad, organismo o corporación pública. Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo, entidad o corporación a otro u otra de los enumerados en el artículo 1° de este acuerdo, el tiempo laborado en el primero se tendrá en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la bonificación siempre que no hay 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 transcurrieron más de quince (15) días hábiles.

La bonificación de que trata el presente artículo es independiente de la asignación básica.

ARTÍCULO 3º: CUANTÍA.- La bonificación por servicios prestados será equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor conjunto de la asignación básica y los gastos de representación que correspondan al funcionario en la fecha en que se cause el derecho a percibirla, siempre que no devengue una remuneración mensual por concepto de asignación básica y gastos de representación superior a setecientos sesenta y ocho mil novecientos ochenta y seis pesos (\$768.986) moneda corriente.

Para los demás empleados, la bonificación por servicios prestados será equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) del valor conjunto de los factores de salario señalados en inciso anterior.

ARTÍCULO 4º: REAJUSTE ANUAL.- El concejo Municipal, a iniciativa del Alcalde, podrá variar anualmente el límite establecido en el artículo anterior.

ARTÍCULO 5º: CÓMPUTO DE TIEMPO PARA LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS – El cómputo de tiempo para el primer reconocimiento de la bonificación por servicios prestados se contará así:



a) Para los funcionarios que actualmente se hallen vinculados al servicio y con fundamento en el Decreto 1919 de 2002 expedido por el Presidente de la República, la primera causación del derecho a la bonificación por servicios prestados se dará a partir del primero (1°) de septiembre de 2002.

b) Para los funcionarios que se vinculen con posterioridad a la vigencia de este acuerdo, la fecha de su respectiva posesión determinará cada momento de causación del derecho a percibirla.

ARTÍCULO 6°: TERMINO PARA EL PAGO DE BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS – La bonificación por servicios prestados se pagará dentro de los veinte días que sigan a la fecha en que se haya causado el derecho a percibirla.

TÍTULO III

PRIMA DE SERVICIO

ARTÍCULO 7°: LA PRIMA DE SERVICIO – Los funcionarios a quienes se aplica el presente acuerdo tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince (15) días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año.



PARÁGRAFO TRANSITORIO.- La primera prima de servicio se causará en 2003 para el personal actualmente vinculado al servicio, al cual se le reconocerá su antigüedad.

A los funcionarios que se vinculen con posterioridad, la fecha de su respectiva posesión determinará cada momento de causación del derecho a percibirla.

ARTÍCULO 8º: BASE PARA LIQUIDAR LA PRIMA DE SERVICIO – La prima a que se refiere el artículo anterior se liquidará sobre los factores de salario que se determinan a continuación:

- a) el sueldo básico fijado para el respectivo cargo*
- b) los gastos de representación*
- c) los auxilios de alimentación y de transporte, y*
- d) la bonificación por servicios prestados*

Para liquidar la prima de servicio, se tendrá en cuenta la cuantía de los factores señalados en los literales precedentes a 30 de junio de cada año.

ARTÍCULO 9º: PAGO PROPORCIONAL DE LA PRIMA DE SERVICIO – Cuando a treinta de junio de cada año el empleado no haya trabajado el año completo, tendrá derecho al reconocimiento y pago en forma proporcional de la prima de servicio de que trata el artículo 7º de este acuerdo, siempre que hubiere prestados sus servicios al organismo por un término mínimo de seis (6) meses.



También se tendrá derecho al reconocimiento y pago en forma proporcional de esta prima cuando el empleado se retire del servicio y haya prestado sus servicios por un término mínimo de seis (6) meses. En este evento la liquidación se efectuará teniendo en cuenta la cuantía de los factores señalados en el artículo anterior causados a la fecha de retiro.

No obstante lo dispuesto en el presente artículo, cuando un funcionario pase del servicio de una a otra entidad, organismo, unidad administrativa o corporación de las que trata el artículo 1º, el tiempo laborado en la primera se computará para efectos de la liquidación de esta prima, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio. Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince (15) días hábiles entre el retiro de una entidad y el ingreso a otra (...).

2.4.3.- La competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos del orden territorial

El artículo 150 de la Carta Política, reguló las funciones del Congreso de la República, señaló lo siguiente:

“(...) Art. 150.- Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejercer las siguientes funciones:

(...)



19) Dictar las 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 (sic) y de la fuerza pública. (...)”

En relación con las competencias de los concejos municipales en materia salarial y prestacional, el artículo 313 indicó:

“(...) Art. 313.- Corresponde a los concejos:

(...)

6°) Determinar (...) las escalas de remuneración correspondientes a la distintas categorías de empleos (...)”

La ley de que trata el artículo 150, numeral 19), literal e) es la Ley 4^a de 1992. El artículo 12 de dicha ley establece:

*“(...) **Artículo 12º.- El régimen prestacional de los servidores públicos de la 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.** (...)”*

La Corte Constitucional, en Sentencia C-315 de 1995 fijó el alcance de esta disposición legal indicando:

*“(...) **Régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales***

(...)

***La expresión “servidores públicos” que utiliza la norma examinada, por las razones expuestas, no puede aplicarse a los trabajadores oficiales territoriales ni a los miembros de las Corporaciones públicas territoriales. Con esta salvedad, la disposición acusada será declarada exequible.** (...)*

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLES los artículos 6 y 7 de la Ley 4ª de 1992.

SEGUNDO.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992 siempre que se entienda que las facultades conferidas al gobierno se refieren, en forma exclusiva, a la

fijación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales, al régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales territoriales y al límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales. (...)
(Subrayado y resaltado fuera de texto).

La Sección Segunda del Consejo de Estado¹², con sustento en las disposiciones mencionadas, ha concluido que los entes territoriales carecen de competencia para crear salarios y prestaciones, esgrimiendo como argumentos los siguientes:

“(...) En efecto, conforme al artículo 150 de la Constitución Política, 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 este ha de fijar todos los elementos propios del régimen salarial y prestacional.

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).

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION “A”, Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, Bogotá, siete (7) de diciembre de dos mil once (2011), Radicación número: 68001-23-15-000-2001-02579-01(2200-07), Actor: MATILDE HERNANDEZ DE GARCIA, Demandado: MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA.



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, 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 315-7.¹³

¹³ 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

En consecuencia, como ya lo ha precisado esta Corporación,¹⁴ 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 pues, 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 del 14 de julio de 1999¹⁵.

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.”

¹⁴ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 29 de marzo de 2001, Expediente No. 6179 (3241-00), actor Victor Manuel Rojas Gutiérrez; 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 Gutiérrez y Otros; 11001032500020020213 01 (4406-02), actor Enrique Guarín Álvarez; y 11001032500020020230 01 (4767-02), actor Pablo Emilio Ariza Meneses y Otros), Consejero Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

¹⁵ 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



En conclusión, las entidades territoriales no tienen competencia para crear salarios ni prestaciones, desbordando lo dispuesto por la Constitución y la ley y, en consecuencia, cualquier disposición de esa jerarquía que establezca salarios o prestaciones debe ser inaplicada por inconstitucional. (...)

2.4.4.- Los pronunciamientos judiciales en torno al reconocimiento de factores salariales y prestacionales a los empleados públicos del orden territorial

A pesar del contenido de las disposiciones constitucionales y legales reseñadas anteriormente, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander subraya:

“(...) la posición sobre el reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados y la prima de antigüedad no ha sido pacífica ni siquiera en el H. Consejo de Estado, pues a pesar de que el Decreto 1919 de 2002 extendió al nivel territorial únicamente el régimen de prestaciones sociales de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, el órgano de cierre en materia contenciosa administrativa, reconoció el derecho de empleados del orden territorial a percibir la prima de bonificación por servicios,

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 dicten 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”.

pero no por lo previsto en el Decreto 1919 de 2002, sino al aplicar la expresión “del orden nacional” contenida en el artículo 1° del Decreto 1042 de 1978, la cual fue declarada exequible en el año 2013 mediante la Sentencia C-402 de esa anualidad por la H. Corte Constitucional (...).”

Conforme lo advierte la primera instancia, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en diferentes decisiones judiciales, ha reconocido a los empleados públicos del orden territorial prestaciones salariales y prestacionales, inaplicando la expresión “(...) *del orden nacional* (...)” del artículo 1° del Decreto 1042 de 1978, con el fin de hacer extensivas las prestaciones previstas en esta disposición a dichos empleados.

Así, en sentencia de 27 de septiembre de 2007, la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁶, manifestó:

“(...) DEL AUXILIO DE ALIMENTACIÓN Y DE TRANSPORTE; Y DE LA PRIMA DE SERVICIOS

El régimen prestacional de los servidores públicos, tanto de régimen general como especial, corresponde al legislador.

El auxilio de alimentación fue creado por el decreto 2477 de 1970 a favor de empleados adscritos a entidades del orden nacional (artículo 3°); posteriormente el decreto 165 de 1971 lo amplió a los

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B, Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO, Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil siete (2007), Radicación número: 15001-23-31-000-2001-01719-01(4327-05), Actor: BLANCA EDELMIRA REYES ALFONSO, Demandado: MUNICIPIO DE RAMIRIQUI, Referencia: AUTORIDADES MUNICIPALES



supernumerarios y finalmente el decreto 1042 de 1978 en su artículo 51 lo reafirmó a favor de los empleados vinculados a las entidades señaladas en el artículo 1º, todas ellas del orden nacional. Posteriormente, la ley se ha limitado a reajustar su cuantía y a determinar las asignaciones básicas que permiten su reconocimiento.

El auxilio de transporte fue regulado en el artículo 50 del decreto 1042 de 1978 a favor de los empleados públicos de las entidades a que se refiere el artículo 1º del decreto, es decir, ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional.

La prima de servicios es una acreencia laboral que conforme a la normatividad prevista en el Decreto 1042 de 1978 sólo se ha establecido para los empleados del orden nacional, sin incluir dicha prestación para los empleados públicos del orden territorial.

De acuerdo con la certificación que obra a folio 2 del cuaderno No. 2 del expediente, la prima de servicios fue pagada por la administración municipal solo hasta el año de 1999.

Se dice en la certificación:

“Por otra parte las prestaciones sociales reconocidas por los servicios prestados a la señora antes mencionada han sido la: Prima de Navidad, Prima de Vacaciones, Vacaciones y prima de servicios, ésta última fue reconocida y pagada por la Administración Municipal solo hasta el año de 1999”.

Si bien es cierto que el municipio no podía arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos, pues ésta es una función reservada al Gobierno Nacional, también lo es que esta Corporación ha reconocido a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional. Para el efecto, en virtud del artículo 4 de la C.P. ha inaplicado la expresión “del orden nacional” de las normas que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales, en aras de proteger el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la C.P.

Adoptando esta tesis para el caso concreto, procede la Sala a inaplicar la expresión “del orden nacional” del artículo 1 del decreto 1042 de 1978, con el propósito de hacer extensivas estas prestaciones a la demandante en su condición de empleada del orden territorial.

Esta ha sido la filosofía que inspiró el legislador al expedir el Decreto 1919 de 2002, en tanto que extendió el régimen salarial y prestacional de los empleados nacionales al de los territoriales, cuando textualmente estableció en su artículo 1º que los empleados de los entes territoriales “gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional”. (...)

Posteriormente, en sentencia de 6 de agosto de 2008¹⁷, esa Sección decidió lo siguiente:

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil ocho (2008), Radicación número: 08001-23-31-



“(...) DE LOS VALORES DESCONTADOS EN EL ACTO

La entidad ordenó deducir de la liquidación definitiva del señor MARIO GRACO YEPES DEL PORTILLO los siguientes conceptos:

(...)

La prima de servicios y la bonificación por servicios constituyen acreencias laborales que conforme a la normatividad prevista en el Decreto 1042 de 1978 sólo fueron establecidas para los empleados del orden nacional, sin incluirlas para los empleados públicos del orden territorial.

Si bien es cierto las entidades territoriales no pueden arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos pues esta es una función reservada al Gobierno Nacional, esta Corporación en aras de proteger el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la C.P., y con fundamento en el artículo 4 ibídem, ha inaplicado la expresión “del orden nacional” de las normas que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales, para reconocer a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional¹⁸.

000-2004-01018-01(0507-06), Actor: MARIO YEPES DEL PORTILLO, Demandado: DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO, Referencia: AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

¹⁸ Entre otras, sentencia de 27 de septiembre de 2007 Exp. No. 4327-2005 Actor: Blanca Edelmira Reyes Alfonso. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado. Sentencia de 23 de agosto de 2007 Exp. No. 0176-2004 Actora: Elvia Vargas Osorio. Magistrado Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

En criterio de la Sala, se inaplica la expresión “del orden nacional” del artículo 1 del decreto 1042 de 1978, con el propósito de hacer extensivas estas prestaciones a los empleados del orden territorial.

Esta ha sido la filosofía que inspiró el legislador al expedir el Decreto 1919 de 2002, en tanto que extendió el régimen salarial y prestacional de los empleados nacionales al de los territoriales, cuando textualmente estableció en su artículo 1º que los empleados de los entes territoriales “gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional”.

Los artículos 45¹⁹ y 58²⁰ del Decreto 1042 de 1978, consagran en su orden, a favor de empleados del orden nacional, la bonificación por servicios prestados y la prima de servicios.

¹⁹ ARTICULO 45. DE LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS. <Modificado por los Decretos anuales salariales> A partir de la expedición de este Decreto crease una bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el artículo 1o. Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial. Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo a otro de los enumerados en el artículo 1o., 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 a la asignación básica y no será acumulativa.

²⁰ ARTICULO 58. LA PRIMA DE SERVICIO. Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año.

Esta prima no regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre.

Sobre la bonificación de servicios pagada al actor, debe decir la Sala que no hay lugar a ordenar su descuento, toda vez que de acuerdo con lo previsto en el mencionado artículo 45 del Decreto 1042 de 1978 su reconocimiento opera cada vez que el empleado cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial, como acontece en el presente caso en el que el demandante estuvo vinculado al Departamento del Atlántico desde el 4 de noviembre de 1994 hasta el 14 de enero de 2001 y a la Contraloría Departamental desde el 15 de enero de 2001 al 5 de enero de 2004, es decir sin que mediara solución de continuidad para efectos de la liquidación de la mencionada bonificación de servicios.

Sobre la prima de servicios causada por el año 2001 tampoco es procedente su descuento en tanto que, siguiendo la misma regla de inaplicación de la expresión “del orden nacional” del artículo 1 del decreto 1042 de 1978, con el propósito de hacer extensivas las prestaciones previstas en dicha normatividad a los empleados del orden territorial, y como no hubo solución de continuidad para efectos de la liquidación de la prima de servicios del año 2001 de acuerdo con la preceptiva que antecede, no hay lugar a su descuento. (...)

Luego, en providencia de 25 de septiembre de 2008²¹, resaltó:

“(...) b. De la Prima de Servicios

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE, Bogotá D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil ocho (2008). Radicación número: 52001-23-31-000-2001-01650-01(5816-05), Actor: MONICA PERPETUA CASANOVA ZAMORA, Demandado: MUNICIPIO DE EL TAMBO – NARIÑO

Esta Sala ha admitido que aunque algunas prestaciones son reguladas por normas dirigidas a empleados del orden nacional, en virtud del derecho a la igualdad, son aplicables también a los empleados del orden territorial. Al respecto, sostuvo la Sentencia de 23 de agosto de 2007, con ponencia que quien ahora lo es en el presente asunto, radicado interno No. 0176-2004, actora: Elvia Vargas Osorio:

“La prima de servicios es una acreencia laboral que conforme a la normatividad prevista en el Decreto 1042 de 1978 sólo fue establecida para los empleados del orden nacional, sin incluir dicha prestación para los empleados públicos del orden territorial.

Si bien es cierto las entidades territoriales no pueden arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos pues esta es una función reservada al Gobierno Nacional, esta Corporación en aras de proteger el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la C.P., y con fundamento en el artículo 4 ibídem, ha inaplicado la expresión “del orden nacional” de las normas que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales, para reconocer a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional.

En criterio de la Sala, se inaplica la expresión “del orden nacional” del artículo 1 del decreto 1042 de 1978, con el propósito de hacer extensivas estas prestaciones a los empleados del orden territorial.

Esta ha sido la filosofía que inspiró el legislador al expedir el Decreto 1919 de 2002, en tanto que extendió el régimen salarial

y prestacional de los empleados nacionales al de los territoriales, cuando textualmente estableció en su artículo 1º que los empleados de los entes territoriales “gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional”.

Es este aspecto dispone el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978:

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

Esta prima no regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre.”. (...)”

Siguiendo la misma posición, esa Sección, en decisión judicial de 23 de agosto de 2012²², consideró:

“(...) Del fondo del asunto.

Se decide a continuación lo pedido, en el siguiente orden: i). Prima de servicios. ii). Dotación de calzado y vestido de labor. iii). Prima de alimentación y Auxilio de Transporte.

²² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B, Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012). Radicación número: 15001-23-31-000-2001-01674-01(0686-12), Actor: REINALDO CASTAÑEDA PARRA, Demandado: MUNICIPIO DE RAMIRIQUI – BOYACA.

i). Prima de servicios.

En forma preliminar es importante aclarar que su reconocimiento y pago fue solicitado en la demanda,²³ como también lo dejó consignado el a quo²⁴ en el acápite de la sentencia denominado "PRETENSIONES, CARGOS Y FUNDAMENTOS," no obstante lo cual, el tema no fue decidido en el fallo de primer grado, y aunque el apelante no hizo alusión a esta omisión, la materia fue tratada en la sustentación del recurso.

A pesar de lo expuesto, la Sala proferirá sentencia complementaria en este sentido, como lo ordena el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión que hace el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, el cual señala en su inciso segundo que "El superior deberá complementar la sentencia del a quo cuando pronuncie la segunda instancia, siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado o adherido a la apelación; si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que se dicte sentencia complementaria", toda vez que el demandante presentó recurso de apelación contra el fallo de primer grado (Subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-404 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía).

Así las cosas, se precisa, que aunque la prima de servicios está contemplada en normas referentes a empleados del orden nacional, en virtud del derecho a la igualdad, son aplicables también a los empleados del orden territorial. Al respecto, sostuvo esta Subsección en sentencia de 23 de agosto de 2007, C.P. doctor Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 0176-2004, actora: Elvia Vargas Osorio:

²³ Folio 9.

²⁴ Folio 166.



La prima de servicios es una acreencia laboral que conforme a la normatividad prevista en el Decreto 1042 de 1978 sólo fue establecida para los empleados del orden nacional, sin incluir dicha prestación para los empleados públicos del orden territorial.

Si bien es cierto las entidades territoriales no pueden arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos pues esta es una función reservada al Gobierno Nacional, esta Corporación en aras de proteger el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la C.P., y con fundamento en el artículo 4 ibídem, ha inaplicado la expresión “del orden nacional” de las normas que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales, para reconocer a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional.

En criterio de la Sala, se inaplica la expresión “del orden nacional” del artículo 1 del decreto 1042 de 1978, con el propósito de hacer extensivas estas prestaciones a los empleados del orden territorial.

Esta ha sido la filosofía que inspiró el legislador al expedir el Decreto 1919 de 2002, en tanto que extendió el régimen salarial y prestacional de los empleados nacionales al de los territoriales, cuando textualmente estableció en su artículo 1º que los empleados de los entes territoriales “gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la

Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional²⁵.

El artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 prescribe:

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

(...)

El apelante aclara en la sustentación del recurso, que “Es evidente que la demanda al ser interpuesta en fecha 2001, pretende el pago de las sumas adeudadas con anterioridad a la misma, es decir desde la fecha de vinculación del demandante a la administración, hasta el año 2000, este último que como efectivamente lo identifica el Despacho, ya fue cancelado por la demandada.”²⁶ (...)

La existencia de las decisiones judiciales transcritas (entre otras citadas en dichos fallos judiciales), dio lugar a que esta Sección considerara que existía un precedente sólido, reiterado y uniforme en relación con la extensión de los beneficios contenidos en el Decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del orden territorial. Esta Sala, en decisión de 7 de marzo de 2013²⁷, subrayó:

²⁵ Posición reiterada por esta Subsección, en sentencia de 25 de septiembre de 2008, C. P. doctor Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 5816-2005, actor: Mónica Perpetua Casanova Zamora.

²⁶ Folio 177.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejera Ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO, Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de dos mil trece (2013). Radicación número: 11001-03-15-000-2013-00131-00(AC), Actor: LUZ MARINA ZAMUDIO DE GONZÁLEZ

“(...) 3.4.3 Análisis del caso en concreto. Vulneración del precedente vertical fijado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en lo referente al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales consagradas en el Decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del orden territorial.

La accionante interpone acción de tutela contra el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca proferido el 18 de diciembre de 2012, por cuanto, en su criterio e interpretación, se ha desconocido el precedente elaborado por el Consejo de Estado, en relación con el reconocimiento y pago de los beneficios prestacionales consagradas en el Decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del orden territorial.

Al respecto, debe entrar a considerarse que, a diferencia de lo que aseveran el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el departamento de Cundinamarca, en el sub lite si existe un precedente judicial vinculante sentado por la Sección Segunda de esta Corporación.

En este sentido, cabe anotar que éstos erraron al considerar que no hay lugar a aplicar el precedente sobre el tema de la extensión de los beneficios prestacionales contemplados en el Decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del orden territorial porque no se ha expedido una sentencia de unificación respecto de esto, pues si bien es cierto que no existe claridad acerca de la existencia de dicha providencia, se advierte que para el caso de la Sección Segunda este tipo de providencias obedece a una disparidad de criterios entre sus subsecciones, lo cual no sucede en este caso pues la línea jurisprudencial expuesta acerca del

tema ha sido sólida, reiterada y uniforme, lo que descarta de plano la necesidad de una providencia de unificación.

En efecto, a partir de la interpretación del artículo 13 de la Constitución, en repetidas ocasiones ha extendido los beneficios prestacionales contenidos en el Decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del orden territorial mediante la inaplicación de la expresión “del orden territorial” contenida en su artículo 1º, esto por cuanto considera que aun cuando las entidades territoriales no pueden arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos, no existe justificación para establecer tal diferenciación entre dos grupos de personas en circunstancias similares. Al respecto, esta Corporación en sentencias de 23 de agosto de 2007 (C.P. Jesús María Lemos Bustamante), 22 de noviembre de 2007 (C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado), 27 de septiembre de 2007 (C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado), 6 de agosto de 2008 (C.P. Gerardo Arenas Monsalve)²⁸, 25 de septiembre de 2008 (C.P. Jesús María Lemos Bustamante)²⁹, 16 de abril de 2009 (C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila), 21 de octubre de 2010 (C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren)³⁰ y, 23 de agosto de 2012 (C.P. Víctor

²⁸ Rad: 2004-01018, Actor: Mario Yepes del Portillo. Acción de Nulidad y Restablecimiento instaurada por el actor en calidad de empleado público del orden territorial del departamento del Atlántico. Dirigida a obtener la nulidad del acto administrativo por medio de la cual “se reconoce y ordena el pago de unas cesantías definitivas y prestaciones sociales”, esto en atención a lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978.

²⁹ Rad: 2001-01650, Actor: Mónica Perpetua Casanova Zamora. Acción de Nulidad y Restablecimiento instaurada por la actora en calidad de empleado público del orden territorial del municipio del Tambo. Dirigida a obtener la nulidad del acto administrativo por medio de la cual “liquidó las cesantías definitivas y omitió reconocer tres años de compensación por vacaciones, las primas de navidad y servicios, el auxilio de maternidad, la sanción por despido y la indemnización por supresión del cargo”, esto aplicándose los beneficios prestacionales contemplados en el Decreto 1042 de 1978.

³⁰ Rad: 2008-00412, Actor: Juan Guillermo Córdoba Correa. Acción de Nulidad y Restablecimiento instaurada por la actora en calidad de empleado público del orden territorial del municipio de Abeita, Antioquia. Dirigida a obtener la nulidad de los actos administrativos por medio de la cual se han pagado factores salariales que no debían



Hernando Alvarado Ardila)³¹, ha señalado:

“esta Corporación en aras de proteger el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la C.P., y con fundamento en el artículo 4 ibídem, ha inaplicado la expresión “del orden nacional” de las normas que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales, para reconocer a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional.

En criterio de la Sala, se inaplica la expresión “del orden nacional” del artículo 1 del decreto 1042 de 1978, con el propósito de hacer extensivas estas prestaciones a los empleados del orden territorial

Esta ha sido la filosofía que inspiró el legislador al expedir el Decreto 1919 de 2002, en tanto que extendió el régimen salarial y prestacional de los empleados nacionales al de los territoriales, cuando textualmente estableció en su artículo 1º que los empleados de los entes territoriales “gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional”. (Se resalta)

pagarse como la “prima de servicios”, asegura el actor que se deben equiparar los regímenes de los empleados públicos del orden territorial con los del orden nacional de acuerdo a los reiterados desconocimientos de la expresión “del orden nacional” del artículo 1º del Decreto 1042 de 1978.

³¹ Rad: 2001-01674, Actor: Reinaldo Castañeda Parra. Acción de Nulidad y Restablecimiento instaurada por la actora en calidad de empleado público del orden territorial del municipio de Ramiriquí, Boyacá. Dirigida a obtener la nulidad de los actos administrativos por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago “prima de servicios, prima de alimentación, subsidio de transporte y el suministro de la dotación de calzado y vestido de labor, o su compensación, y las prestaciones causadas durante el tiempo en que estuvo vinculado con el municipio”, esto de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978.

Es oportuno precisar que en materia de precedente, por regla general, las decisiones proferidas por los jueces de mayor jerarquía y, en especial, las de los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones constituyen precedente obligatorio para todas las autoridades e incluso para los particulares, no así respecto del precedente horizontal fijado por el mismo Tribunal u otro de igual jerarquía, razón por la cual no se procederá a analizar el presunto desconocimiento del precedente horizontal alegado por la actora.

Ahora bien, según la jurisprudencia constitucional³², el funcionario judicial en virtud de la autonomía que les reconoce la Constitución Política puede apartarse del precedente, cuando i) presente de forma explícita las razones con base en las cuales se aparta del precedente, y ii) demuestre con suficiencia que la interpretación brindada aporta un mejor desarrollo a los derechos y principios constitucionales. Lo anterior se sustenta en que en el sistema jurídico colombiano el carácter vinculante del precedente está matizado, a diferencia de como se presenta en otros sistemas en donde el precedente es obligatorio con base en el stare decisis.

En uso de la anterior facultad el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se apartó del precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda de esta Corporación, limitándose a señalar que la supuesta incompatibilidad entre el artículo 13 de la Constitución y el artículo 1° del Decreto 1042 de 1978, en lo que tiene que ver con la expresión “del orden nacional”, no se encuentra justificada toda vez que para inaplicar una disposición legal dicha contradicción debe ser evidente al confrontarla con el texto Constitucional, lo cual estima no sucede en el asunto bajo estudio.

³² Entre otras sentencias al respecto se pueden consultar Sentencia T-656/11, T-766/08 y, T-1033/12

A los efectos de la decisión por adoptarse en el presente fallo cabe anotar que a la luz de la jurisprudencia constitucional³³, el principio de igualdad está compuesto por cuatro mandamientos, estos son: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.

La Sala considera que el Tribunal incurrió en error de apreciación de la situación fáctica y jurídica de los empleados públicos del orden territorial, pues a pesar de que en principio el Decreto 1042 de 1978 otorgó una serie de beneficios prestacionales únicamente a los empleados públicos del orden nacional y, que los municipios no pueden arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos, no es menos cierto que estos se encuentran en una situación idéntica, máxime cuando el legislador amparado en esta postura equiparó el régimen prestacional aplicable a los empleados públicos nacionales y territoriales al expedir el Decreto 1919 de 2002³⁴.

Asimismo, debe aclararse, que aun cuando se habilite a las

³³ C.Constitucional C-250 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

³⁴ Por el cual se fija el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial



autoridades judiciales apartarse del precedente aplicable bajo los supuestos antes reseñados, esto no significa que puedan admitirse las posturas que sustenten un cambio jurisprudencial en el entendido particular que el juez o tribunal tenga de las normas aplicables.

De esta manera se encuentra que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al no satisfacer la carga argumentativa requerida para apartarse de un precedente sólido, reiterado y uniforme, incurrió en evidente desconocimiento del mismo en lo relacionado con la extensión de los beneficios prestacionales contenidos en el Decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del orden territorial.

En este orden de ideas, la Sala revocará la sentencia impugnada y, en su lugar, amparará los derechos fundamentales a la igualdad y, al debido proceso de la actora. En consecuencia, se dejará sin efecto la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a través de la cual revocó la decisión del Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Bogotá (...)

La Corte Constitucional se alejó de la posición anterior en la Sentencia C-402 de 2013, aclarando el alcance de las disposiciones del Decreto 1042 de 1978:

“(...) La aplicación del principio de concurrencia en la determinación del régimen salarial de los servidores de la Rama Ejecutiva en el orden territorial. Reiteración de jurisprudencia

5. La Corte se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca de las reglas sobre la concurrencia de competencias del Congreso, el Gobierno y las entidades territoriales, respecto a la fijación del régimen salarial de los servidores públicos adscritos a estas últimas.³⁵ Por ende, en este apartado se sintetizarán las reglas fijadas por ese precedente, como se explica a continuación.

6. De manera general, las normas constitucionales aplicables a la materia determinan un régimen articulado y concurrente para el ejercicio de las competencias mencionadas. Esta fórmula parte de lo regulado por el numeral 19 del artículo 150 C.P., precepto que determina aquellos ámbitos en donde el Constituyente determinó la expedición de leyes marco, a través de las cuales el Congreso dicta las normas generales que contienen los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular diferentes asuntos. Uno de ellos, previsto en el literal e) ejusdem, corresponde a la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública. Esta misma disposición prescribe una restricción consistente en que el ejercicio de la mencionada facultad, cuando se trata de prestaciones sociales, es indelegable por el Ejecutivo a las corporaciones públicas territoriales, quienes también tienen vedado arrogárselas.

Esta competencia se acompasa con lo previsto por la Constitución en cuanto a las facultades de las mencionadas corporaciones públicas sobre la materia. Así, para el nivel departamental, el artículo 300-7 C.P. confiere a las asambleas la competencia de determinar la estructura de la administración departamental, las funciones de sus dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo. A partir de estas reglas, en los términos del artículo 305-7 C.P., los

³⁵ Corte Constitucional, sentencias C-112/93, C-315/95, C-054/98, C-1218/01 y C-173/09.



gobernadores están investidos de la competencia para crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y las ordenanzas respectivas.

De manera análoga, en lo que respecta al ámbito municipal, el artículo 313-6 C.P. confiere a los concejos la competencia para determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias, al igual que las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos. De la misma forma, el artículo 315-7 C.P. habilita a los alcaldes para crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes.

7. La jurisprudencia ha destacado que la articulación entre las mencionadas competencias opera a partir de dos premisas: (i) la necesidad de reconocer la vigencia del principio de Estado unitario, que impone que sea el Congreso y el Gobierno los que fijen las reglas generales en materia de régimen salarial de los servidores públicos; y (ii) la imposibilidad de vaciar las competencias constitucionales de las entidades territoriales sobre la determinación de las escalas salariales y los emolumentos de sus servidores estatales que integran la Rama Ejecutiva en ese ámbito local.

Para la Corte, una articulación de ese carácter se logra a partir de una fórmula concurrente en la que el Legislador determinar los criterios y objetivos generales mediante ley marco, la que corresponde a la actualidad a la Ley 4 de 1992 y el Gobierno determina el régimen salarial del nivel central y los criterios generales para que las entidades territoriales ejerzan las



competencias citadas. Esto sin perjuicio de la competencia privativa y excluyente para la determinación del régimen prestacional, antes explicada.

(...)

8. En otras palabras, frente al régimen salarial de los servidores de Rama Ejecutiva en el nivel territorial, opera un mecanismo de armonización entre el principio del Estado unitario, que se expresa en la potestad del Congreso de prever objetivos y criterios generales y del Gobierno de prescribir la regulación particular, y el grado de autonomía de las entidades territoriales, que comprende la facultad para fijar las escalas de remuneración y los emolumentos correspondientes, en concordancia con el marco y topes previstos en la ley. Esta articulación responde, por ende, a un modelo jerárquico en el que las normas de raigambre legal, así como las de origen gubernamental, operan como marco de referencia para el ejercicio de la competencia que en materia de régimen salarial tienen los entes locales y respecto de sus servidores públicos. Esto, por supuesto, sin que esas normas de superior jerarquía estén constitucionalmente habilitadas para regular en su integridad el asunto, desconociendo con ello el mencionado grado de autonomía.

Sobre el particular, la Sala ha señalado que concurre una “fórmula de armonización entre el principio de Estado unitario (Art. 1º C.P.) y el grado de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades territoriales, la cual se proyecta en la definición de la escala salarial de los empleos que ejercen los servidores públicos adscritos a ellas. De acuerdo con esta fórmula, es al Congreso al que le corresponde proferir una ley marco que determine el régimen salarial y prestacional de los servidores del Estado, a

partir de la cual el Gobierno Nacional determinará los aspectos particulares y concretos de dicho régimen. Estos presupuestos normativos sirven de marco legal para que los órganos de representación popular de las entidades territoriales, ejerzan la competencia constitucional de definir las escalas salariales de los empleos correspondientes. || A este respecto debe resaltarse que el grado de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades territoriales no tiene carácter absoluto, sino que por expreso mandato superior, la gestión de sus intereses se ejerce dentro de los límites de la Constitución y la ley (Art. 287 C.P.). En igual sentido, esa comprensión de la autonomía es corolario de lo previsto en el artículo 388 Superior, que establece que las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, en los términos que establezca la ley. En ese sentido, la presunta antinomia entre las disposiciones de la Carta Política que reconocen esa autonomía y aquellas que confieren al Congreso y al Ejecutivo la potestad de definir el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, es apenas aparente. || Ello debido a que las normas adoptadas por el Legislativo y el Gobierno Nacional constituyen el marco de referencia vinculante a los concejos y asambleas, respecto del ejercicio de la competencia para la definición de escalas salariales. Existe, de acuerdo con las normas constitucionales interpretadas por la Corte, una relación de jerarquía identificable entre los preceptos de orden nacional, que son expresión del contenido y alcance del principio de Estado unitario, y la organización particular de la estructura de las administraciones locales y la previsión de sus escalas de remuneración, instancia en que se concreta la autonomía de los poderes territoriales.³⁶ (Subrayas no originales).

9. En conclusión, el precedente analizado está unívocamente dirigido a prever una fórmula de articulación concurrente entre las

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-173/09.

competencias analizadas, lo que a su vez permite inferir que la Constitución impide que se concreten dos extremos: bien la regulación integral y específica del régimen salarial de los servidores públicos por parte del Congreso y el Gobierno, o bien la soberanía de las entidades territoriales para definir el régimen salarial de sus servidores públicos, con ausencia de todo marco o límite fundado en normas jurídicas de superior jerarquía.

(...)

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.

Este fue el asunto resuelto por la Corte en la sentencia C-313/03, la cual desestimó el cargo por violación del derecho a la igualdad respecto a la aplicación del Decreto 1278/02 – Estatuto de Profesionalización Docente para el caso de determinados

trabajadores, con exclusión de aquellos vinculados al amparo de un régimen anterior.

(...)

En ese orden de ideas esta Corporación ha explicado que cada beneficio en particular establecido en un régimen específico no puede ser descontextualizado a efectos de llevar a cabo, tan solo respecto de él, un examen de igualdad.

(...)

Al respecto la Corte además ha hecho énfasis en que sólo si una prestación social de la cual se predica la posible discriminación es lo suficientemente autónoma como para advertir que ella, en sí misma, constituye una verdadera discriminación respecto del régimen general, podría el juez constitucional retirarla del ordenamiento jurídico³⁷. Circunstancia que sin embargo solamente podría darse (i) si la prestación es verdaderamente autónoma y separable, lo cual debe ser demostrado claramente (ii) la ley prevé un beneficio indudablemente inferior para el régimen especial, y (iii) que no exista otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social y que la carencia de compensación resulte evidente³⁸.” (Subrayas no originales).

³⁷ Ibídem Sentencia C-956/01 M.P... Eduardo Montealegre Lynett

³⁸ Sentencia C-890 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En dicha sentencia se señaló lo siguiente “Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii)

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

Es importante insistir, en este sentido, que la imposibilidad expuesta se basa en las dificultades que subyacen a la identificación de un criterio de comparación entre beneficios laborales que pertenecen a regímenes distintos. Como ha indicado la jurisprudencia, el juicio de igualdad solo es posible cuando se acrediten argumentos relativos a la definición de “(i) con claridad los grupos involucrados, (ii) el trato introducido por las normas demandadas que genera la vulneración del derecho a la igualdad y (iii) qué justifica dar un tratamiento distinto al contenido en las normas acusadas”,³⁹ toda vez que “la realización de la igualdad no le impone al legislador la obligación de otorgar a todos los sujetos el mismo tratamiento jurídico, ya que no todos se

aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social. Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente. En el mismo sentido ver la sentencia C-956 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-913 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

encuentran bajo situaciones fácticas similares ni gozan de las mismas condiciones o prerrogativas personales e institucionales.”⁴⁰⁴¹

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

(...)

Solución del cargo propuesto

(...)

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

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1115 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil).

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-101/11.

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.

(...)

Así, tanto a partir de la Constitución derogada como de la Carta Política vigente, el Gobierno tenía vedado extender el campo de regulación a la determinación del régimen salarial de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del nivel territorial. Además, dicha extensión uniforme no puede llevarse válidamente a cabo de acuerdo al parámetro constitucional vigente, merced del grado de autonomía anteriormente explicado.

15. Con base en los anteriores argumentos, se tiene que el primer problema jurídico materia de decisión debe resolverse de manera negativa. En consecuencia, no están los presupuestos para decidir acerca del segundo problema jurídico, relativo a la presunta vulneración del principio de igualdad, en tanto su supuesto metodológico es la existencia de un mandato constitucional de regulación uniforme del régimen salarial, que sirviera como criterio de comparación entre los servidores del nivel nacional y del territorial. Como

ese mandato no concurre en la Carta Política, dicho juicio no puede llevarse a cabo. Por ende, se impone la declaratoria de exequibilidad de los apartes normativos acusados, por el cargo analizado en esta sentencia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

*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. (...).”*

2.4.5.- La expedición del Acuerdo No. 073 de 2002 y la indebida destinación de dineros públicos

Para efectos de determinar si el concejal demandado incurrió en la causal de indebida destinación de dineros públicos debe tenerse en cuenta que las decisiones judiciales de 27 de septiembre de 2007, 6 de agosto de 2008, 25 de septiembre de 2008, 23 de agosto de 2012 y 7 de marzo de 2013 inaplicaron la expresión “(...) *del orden nacional* (...)” del artículo 1° del Decreto 1042 de 1978, con el fin de hacer extensivos los factores salariales allí previstos a los empleados del orden territorial, **empleando la figura de la excepción de inconstitucionalidad en aras de proteger el artículo 13 de la Carta Política.**

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en Sentencia C - 600 de 1998, ha resaltado las características de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, así:

“(...) Ante todo, ha de resaltar la Corte la diferencia existente entre las instituciones del control de constitucionalidad en abstracto -a cargo de esta Corporación (art. 241 C.P.) y residualmente del Consejo de Estado cuando se trata de decretos presidenciales de puro carácter administrativo (art. 237-2 C.P.)- y el control de constitucionalidad concreto y difuso que tiene lugar en desarrollo del artículo 4 de la Carta cuando, en el momento de aplicar una norma legal o de inferior jerarquía, se advierte su ostensible e indudable oposición (incompatibilidad) a mandatos constitucionales.

*La Corte Constitucional, en lo que hace a las normas sometidas a su examen, define, con la fuerza de la cosa juzgada constitucional (art. 243 C.P.), su exequibilidad o inexequibilidad, total o parcial, con efectos **erga omnes** y con carácter obligatorio general, oponible a todas las personas y a las autoridades públicas, sin excepción alguna.*

El Consejo de Estado, también con carácter general, ante el ejercicio de acciones de nulidad por inconstitucionalidad, decide si están llamadas a prosperar las pretensiones de los accionantes, y en caso afirmativo anula el acto administrativo correspondiente, retirándolo del ordenamiento jurídico.

*En cambio, la hipótesis del artículo 4 de la Constitución carece justamente de la nota de la generalidad, puesto que la definición acerca de si existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Se habla entonces de un efecto **inter partes**, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicada no se afecta en su vigencia general, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata.*



La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernados por aquélla.

Como lo ha expresado esta Corte, el principio que rige la operatividad del Estado de Derecho y que hace posible el funcionamiento de las instituciones es el de la obligatoriedad y ejecutabilidad de las normas que, dentro del esquema de la organización política, profieren los organismos y las autoridades competentes, según la Constitución.

En general, la norma jurídica, independientemente de su jerarquía, obliga a sus destinatarios y es deber de las autoridades públicas, en el ámbito de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, hacerla efectiva. Es cabalmente la inobservancia de ese deber lo que provoca, bajo el imperio de la actual Constitución, el ejercicio de la acción de cumplimiento, de la cual es titular toda persona, y la verificación acerca de si aquél ha sido o no acatado constituye el objeto específico de la sentencia que el juez ante quien dicha acción se instaura debe proferir. (...)"

Frente al caso concreto, no cabe duda que la tesis planteada en las decisiones judiciales mencionadas, solo pueden tener efectos entre las partes que tienen interés en el caso y, en consecuencia, no pueden derivarse unas consecuencias en abstracto.



Adicionalmente, la aplicación de dicha figura no puede significar que las disposiciones del Decreto 1042 de 1978 pierdan su vigencia o efectividad⁴², por lo que de esas providencias judiciales no puede deducirse una autorización a los entes territoriales para que establezcan, mediante actos de carácter general, el régimen salarial de los empleados públicos territoriales (siguiendo dicho decreto), puesto que, como se indicó líneas atrás, “(...) *la determinación del régimen salarial y 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.* (...)”⁴³.

En esa medida, las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que constituyen el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos siempre han sido de obligatorio cumplimiento y no podían haber sido desconocidas por el concejo municipal de Norte de Santander, el cual violó el artículo 121 de la Carta Política al crear para los empleados públicos de la administración central y descentralizada del municipio de San José de

⁴² Artículo 1º.- *Del campo de aplicación.* El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente Decreto regirá para los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante.

⁴³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION “A”, Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON, Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil catorce (2014), Radicación número: 68001-23-31-000-2008-00235-01(1918-13), Actor: BEATRIZ CECILIA MONTOYA FERNÁNDEZ, Demandado: E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JUAN DE DIOS DEL SOCORRO EN LIQUIDACION.



Cúcuta, en el Acuerdo No. 073 de 2002, la bonificación por servicios y la prima de servicios.

Nótese como las providencias judiciales de 27 de septiembre de 2007, 6 de agosto de 2008, 25 de septiembre de 2008, 23 de agosto de 2012 y 7 de marzo de 2013, inician su análisis resaltando que “(...) *las entidades territoriales no pueden arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos pues esta es una función reservada al Gobierno Nacional (...)*”.

Siendo la prima de servicios⁴⁴ y la bonificación por servicios⁴⁵, factores salariales, los mismos se aplican, únicamente, a “(...) *los empleados públicos*”

⁴⁴CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUB SECCION “A”, Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil doce (2012), Radicación número: 70001-23-31-000-2002-01697-02(1941-08), Actor: ELVIA SALGADO CUETO, Demandado: DEPARTAMENTO DE SUCRE: “(...) *i. Naturaleza de las primas semestral y de antigüedad. Tanto la prima de servicio y/o semestral, como la de antigüedad, son consideradas por el legislador y la doctrina como incrementos a los que se hace merecedor el empleado por su permanencia en el servicio. Normativamente están consagradas en los artículos 42 y 49 del Decreto 1042 de 1978, como factor salarial, por lo cual no es equivocado concluir que su naturaleza es salarial⁴⁴ en el entendido de que forman parte integral del salario, definido por la ley laboral colombiana como la retribución al trabajador por su servicio, por ello, todo pago recibido del empleador que además de tener un propósito retributivo constituya un ingreso personal del trabajador y sea habitual, tiene naturaleza salarial (...)*”.

⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), Radicación número: 54001-23-31-000-2008-00157-01(4294-13), Actor: MARGARITA MARÍA RAMÓN DURÁN: “(...) *Pero vale anotar que aún con la equiparación realizada por el artículo 1º del Decreto 1919, la bonificación por servicios y la prima de antigüedad constituyen factores de salario conforme se deriva de los literales a) y g) del artículo 42 del Decreto*

que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante. (...), por virtud del artículo 1° del Decreto 1042 de 1978 y “(...) *no podrían regirse por el Decreto 1919 de 2002, por cuanto lo único que extendió éste al orden territorial fue el régimen de prestaciones sociales del nivel Nacional, no el régimen salarial. (...)*”⁴⁶.

De otro lado, la Sala no considera que la expedición del Decreto 2351 de 2014, “(...) *por el cual se regula la prima de servicios para los empleados públicos del nivel territorial (...)*”, hubiere convalidado el Acuerdo No. 0073 de 2002, en primer lugar, porque en su parte motiva, el Gobierno Nacional no ha indicado que esté empleando dicha figura⁴⁷, sino que ejerce las competencias y facultades que la Constitución Política y la ley le han

1042 de 1978, en consecuencia no podrían regirse por el Decreto 1919 de 2002, por cuanto lo único que extendió éste al orden territorial fue el régimen de prestaciones sociales del nivel Nacional, no el régimen salarial. (...)”.

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), Radicación número: 54001-23-31-000-2008-00157-01(4294-13), Actor: MARGARITA MARÍA RAMÓN DURÁN

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de abril ocho (8) de mil novecientos noventa y siete (1997), Consejero Ponente: Amado Gutiérrez Velásquez, Ref: Expediente No. S-650, Actor: Francisco Luís Buitrago. Recurso Extraordinario de Súplica. En esta decisión se indica que “(...) *El fenómeno jurídico denominado «Purga de Ilegalidad» que hace parte del tema de la convalidación, según el cual se considera no viciado de nulidad un acto administrativo que fue ilegal en el momento de su nacimiento si la norma quebrantada ha desaparecido de la vida jurídica por derogatoria, subrogación o declaratoria de inexecutable o nulidad, producidas antes de que el juez contencioso administrativo hubiera proferido el fallo.- También si ha recibido sustento legal posterior a su expedición. (...)*”.

asignado tratándose del régimen salarial de los empleados públicos del nivel territorial. Dicha parte motiva, indica:

“(...) Que la Constitución Política, en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f), faculta al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales, de conformidad con los objetivos y criterios señalados en la ley.

Que en desarrollo de la anterior disposición constitucional el Congreso de la República expidió la Ley 4ª de 1992, señalando las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre ellos, los de los niveles departamental, distrital y municipal y de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales, consagrando en el artículo 12 de la citada ley que las corporaciones públicas territoriales no podrán arrogarse esta facultad.

Que mediante el Decreto 1919 de 2002 se extendió el régimen prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional a los empleados de las entidades territoriales señaladas en su campo de aplicación.

Que los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, perciben la prima de servicios en los términos señalados en el Decreto-ley 1042 de 1978 y en las normas que lo han modificado y adicionado.

Que el Decreto ley 1042 de 1978, de conformidad con lo señalado en el artículo 1º y en la sentencia C-402 de 2013, es aplicable únicamente a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional.

Que las entidades territoriales han solicitado al Gobierno Nacional extender dicho beneficio salarial a los empleados públicos del nivel territorial.

Que para la fijación del régimen salarial el Gobierno Nacional debe respetar los principios señalados en la Ley 4ª de 1992, la cual consagra que todo régimen salarial debe sujetarse al marco general de la política macroeconómica y fiscal, la racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad.

Que el Gobierno Nacional considera viable la regulación de la prima de servicios para los empleados públicos del nivel territorial, en los mismos términos y condiciones señaladas para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, en el Decreto-ley 1042 de 1978 y demás normas que lo modifican o adicionan.



En segundo lugar y en concordancia con su parte motiva, el Decreto 2351 de 2014 no ordena convalidar régimen salarial alguno, sino que lo crea.

Así, este decreto ordena que los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Territorial, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías Territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales y el personal administrativo del sector educación, tengan derecho “(...) **a partir de, 2015,** a percibir la prima de servicios de que trata el Decreto Ley [1042](#) de 1978 en los mismos términos y condiciones allí señalados y en las normas que lo modifican, adicionan o sustituyan. (...)”, regulando con detalle los factores de salario que se tendrían en cuenta para su liquidación (Artículo 2°).

Es por ello que el demandante, como integrante del concejo municipal y emitiendo su voto favorable para la aprobación del Acuerdo No. 073 de 2002, permitió que se destinaran dineros públicos a objetos, actividades no autorizados por la Constitución, la ley y el reglamento⁴⁸, incurriendo en

⁴⁸ De folio 196 – 285 del Expediente, se encuentra “(...) **relación del Libro de Definitivas donde se evidencia el monto de los pagos por concepto de BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS Y PRIMA DE SERVICIOS de enero a diciembre de las vigencias 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 y con corte a julio de 2015** (...)”, remitida por el señor Carlos Arturo Parra Luna, Subsecretario de Despacho, Área de Gestión Financiera de la Alcaldía de San José de Cúcuta.



indebida destinación de dineros públicos, lo que amerita la revocatoria de la providencia de primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

Esta conclusión se muestra acorde con la posición de la Sala⁴⁹, que al resolver una cuestión análoga, resaltó:

*“(...) De lo hasta aquí expuesto, forzoso es concluir que los Concejos Municipales, en materia salarial, de conformidad con el artículo 313, numeral 6, de la Constitución Política, solo están facultados para determinar **las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos**, atribución que no comprende la de crear factores salariales, como lo entendieron los Concejales demandados al otorgar una prima técnica al Alcalde, a la Contralora y al Personero de la época de los hechos, por cuanto ello es función privativa del Congreso de la República y el Gobierno Nacional.*

(...)

Lo precedente pone de manifiesto que los Concejales demandados al expedir los Acuerdos 002 de 14 de enero, 006 de 25 de febrero y 019 de 21 de julio de 2008, a través de los cuales crearon una prima técnica para el Alcalde, la Contralora y el Personero, de la época, respectivamente, del Municipio de

⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ, Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil quince (2015), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-01077-01(PI), Actor: JOSE GUALDRON GUERRERO, Demandado: CONCEJALES DEL MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA – SANTANDER, Referencia: APELACION SENTENCIA - PERDIDA DE INVESTIDURA

Floridablanca (Santander), se arrogaron una función dada al Congreso de la República por el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política, la cual, de conformidad con el inciso final de la citada disposición es indelegable en las Corporaciones Públicas Territoriales⁵⁰.

Lo anterior, aunado al hecho de que dicha prestación social está prevista para los empleados públicos del orden nacional⁵¹, que estén nombrados con carácter permanente, como un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios altamente calificados que se requiera para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo, presupuestos que no concurren en el sub lite, dado que los cargos de Alcalde, Contralor y Personero Municipal son del orden territorial y de período fijo.

Cabe señalar que según Oficio de 29 de diciembre de 2011, en respuesta a un derecho de petición elevado por el actor a la Contraloría Municipal de Floridablanca (Santander), visible a folios 54 a 56 del cuaderno principal, por concepto de la prima técnica creada en los Acuerdos en mención, el Alcalde de la época recibió la suma de \$49'200.408.00⁵²; la Contralora \$39'632.309.00⁵³; y el

⁵⁰ El inciso final del numeral 19 del artículo 150 Constitucional, prevé: “Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogárselas”. (Negrilla fuera de texto)

⁵¹Y de conformidad con el artículo 184 de la Ley 136 de 1994, en casos excepcionalísimos, para los “servidores municipales altamente calificados que requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos, científicos o especializados”, cuyo reconocimiento y pago está en cabeza de los Alcaldes, previa autorización por parte del Concejo Municipal.

⁵²Otorgada a través del Acuerdo 002 de 14 de enero de 2014 por el tiempo que ejerza dicho cargo, según el artículo 1°.

⁵³ Mediante Acuerdo 006 de 25 de febrero de 2008 se otorgó la prima técnica por el término de un año a la Contralora Municipal de Floridablanca (Santander).



Personero \$21'63.960.00, en el año 2008⁵⁴, lo cual pone en evidencia la indebida destinación de dineros públicos, pues se destinaron a objetos y propósitos no autorizados por la Constitución y la Ley, por lo que se configura la causal de pérdida de investidura endilgada (...)”.

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

FALLA

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de seis (06) de octubre de dos mil quince (2015), proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

SEGUNDO.- DECRETAR la pérdida de la investidura de William Villamizar Laguado, concejal del municipio de San José de Cúcuta, para el período 2001-2003, de acuerdo con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia judicial.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

⁵⁴ De conformidad con el artículo 1° del Acuerdo 019 de 21 de julio de 2008, la citada prima técnica le fue otorgada al Personero Municipal de Floridablanca (Santander) desde la fecha de publicación del Acuerdo hasta el 31 de diciembre de 2008.



CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO
VALDÉS
Presidente**

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA