

DEROGACION DE ACTO ADMINISTRATIVO – Efecto

La Sala considera que en este proceso no cabe una decisión inhibitoria, porque aún aceptando la tesis de la derogatoria de las Ordenanzas 23 de 1959, 54 de 1967 y 13 de 1984, en el año 1994, lo cierto es que la Ordenanza 48 de 1995, acusada, produjo sus propios efectos, tal y como lo planteó el Magistrado Francisco Antonio Iregui en su salvamento de voto, en el sentido de que la citada Ordenanza 48 no sólo derogó las anteriores ordenanzas expedidas en los años 1959, 1967 y 1984, sino que prolongó los derechos reconocidos en ellas, por lo menos hasta la fecha en que se expidió el acto acusado, pues en su artículo 2º protegió los derechos adquiridos de los docentes que cumplían con los requisitos en las mismas ordenanzas derogadas.

FUENTE FORMAL: ACTO LEGISLATIVO 3 DE 1910 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 / LEY 4 DE 1992 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 313 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 300 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 305

REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE EMPLEADOS PUBLICOS TERRITORIALES – Fijación. Competencia / SOBRESUELDOS DOCENTES – Creación. Competencia / PRIMAS EXTRALEGALES A NIVEL TERRITORIAL – Falta de competencia

El contenido de las Ordenanzas 23 de 1959, 54 de 1967 y 13 de 1984, hacen ver que la Asamblea Departamental a través de la Ordenanza 48 de 1995, al derogar las mismas y conservar los derechos adquiridos, modificó en el año 1995, no sólo el régimen salarial de los docentes del Departamento de Boyacá, sino también su régimen prestacional. En este orden de ideas, resulta evidente que para el año de 1995, cuando la Asamblea Departamental de Boyacá expidió la Ordenanza No. 48, sin duda, quebrantó el orden constitucional y legal, pues estas Corporaciones, en materia prestacional, nunca han tendido la facultad para modificar su régimen; ni la potestad, en el ámbito salarial, para crear o eliminar elementos o factores salariales, pues su competencia desde el año 1968 fue otorgada para únicamente establecer las escalas salariales.

NORMA DEMANDADA: ORDENANZA 48 DE 1995 (15 DE DICIEMBRE DE 1995) ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE BOYACA

FUENTE FORMAL: ACTO LEGISLATIVO 1 DE 1968 / ACTO LEGISLATIVO 3 DE 1019 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 313 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 300 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 305

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “A”

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 15001-23-31-000-2008-00551-01(0359-11)

Actor: JOSE CRISTOBAL DUARTE RIAÑO

Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACA

APELACIÓN SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 26 de agosto de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá dentro del proceso de nulidad presentada en contra de la Ordenanza No. 048 de fecha 15 de diciembre de 1995, proferida por la Honorable Asamblea del Departamento de Boyacá "Por la cual se derogan las ordenanzas números 023 de diciembre 9 de 1959, 054 de diciembre 6 de 1967 y 013 de diciembre 11 de 1984".

ANTECEDENTES

El demandante expuso en los hechos de la demanda que las Ordenanzas 023 de 1959; 054 de 1967 y 013 de 1984, determinaron un aumento equivalente al veinte por ciento (20%) sobre el sueldo básico de los educadores del Departamento que hubieren trabajado veinte (20) años y el reconocimiento de unas primas extralegales.

Que la Ordenanza No. 048 de fecha 15 de diciembre de 1995, demandada, derogó tales disposiciones.

Que la Ordenanza 048 de 1995 es abiertamente contraria a la Constitución de 1991 por haberse fundamentado en el artículo 300 superior, ya que de acuerdo con la Carta, esa facultad no le asistía a la Asamblea.

Que la Asamblea se arrogó facultades propias del Congreso de la República según el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política de 1991; que con la expedición del acto demandado se modificaron los salarios de los docentes; que el decreto demandado violó el artículo 150 numeral 19 literal e) de

la Constitución Política y el artículo 300 ibídem, la Ley 4 de 1992 y las Ordenanzas 023 de 1959; 054 de 1967 y 013 de 1984.

Que desde la expedición de la Constitución Política de 1991, la Asamblea no cuenta con la facultad para modificar el reconocimiento y pago de los incrementos salariales que habían sido reconocidos bajo las Ordenanzas 023 de 1954, 054 de 1967 y 013 de 1984; y que a partir de 1991, tal facultad radica únicamente en el Congreso de la República.

Que el artículo 300 Constitucional, en el cual se fundamentó la Asamblea para la expedición del acto, no contempla facultad que permita modificar el reconocimiento y pago de los incrementos salariales; que la sentencia de 24 de julio de 2008 proferida por la Subsección A, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, inaplicó por inconstitucionalidad la Ordenanza 048 de 1995, por cuanto la Asamblea Departamental ya no tenía la competencia para modificar el régimen salarial de los empleados departamentales; y que de la exposición de motivos de la Ordenanza se infiere desviación de poder y falsa motivación en el actuar del Gobernador (e) con violación de la Constitución y la ley.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La Ordenanza No. 048 de fecha 15 de diciembre de 1995, infringe los artículos 300 y 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política; y de orden legal, la Ley 4 de 1992. Igualmente, viola las Ordenanzas 023 de 9 de diciembre de 1959, 054 de 6 de diciembre de 1967 y 013 de 11 de diciembre de 1984.

Precisó que la Asamblea de Boyacá no contaba con facultad para modificar el reconocimiento y pago de incrementos salariales, pues a partir de 1991, ello es facultad exclusiva del Congreso de la República; y que dentro de las funciones conferidas a la Asamblea no está la de modificar el reconocimiento y pago de incrementos salariales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada pidió que se denegaran las pretensiones de la demanda, declarando la constitucionalidad de la norma acusada.

Dijo que la Ordenanza demandada se expidió en atención al ordenamiento jurídico vigente y en concordancia con el ordenamiento superior; y que no se trata de un acto creador ni reglamentario de prestación social alguna.

Que la competencia de las entidades territoriales en materia salarial no desapareció con la Constitución de 1991 ni con leyes posteriores; que la Asamblea puede fijar escalas salariales como lo establece la Carta Política; que la Constitución fija las competencias para determinar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden nacional y territorial; que corresponde al Presidente de la República, en desarrollo del artículo 12 de la Ley 4 de 1992, fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos; que la Asamblea Departamental tiene competencia para determinar, modificar y crear emolumentos salariales y regular el régimen salarial, dentro de los límites de la Constitución, la ley y los decretos nacionales.

Que la Ordenanza demandada no excedió los presupuestos jurídicos; que el Congreso de la República tiene la facultad para señalar los principios y parámetros generales que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional; que el Gobierno, con base en esos principios generales, fija los límites máximos de los salarios; que las Asambleas y Concejos fijan las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias y que los Gobernadores y Alcaldes fijan los emolumentos de los empleos de sus dependencias, conforme a las previsiones adoptadas por las Asambleas y los Concejos.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Boyacá se declaró inhibido para pronunciarse de fondo sobre la legalidad de la Ordenanza No. 048 de 1995, expedida por la Asamblea del Departamento de Boyacá, por carencia de objeto y sustracción de materia.

Concluyó que la Ordenanza 48 de 1995 no extinguió situación jurídica alguna de los administrados, por cuanto una vez examinado el contenido de las Ordenanzas 23 de 1959, 54 de 1967 y 13 de 1984, estas ya habían sido derogadas tácitamente cuando el Presidente de la República reguló el régimen salarial de los docentes nacionales a través del Decreto 52 de 1994, en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992, aplicable a los territoriales por virtud de la Ley 60 de 1993, artículo 6º inciso 6º.

Al ocurrir el fenómeno de la derogatoria orgánica, sostuvo que la ordenanza demandada no constituye un verdadero acto administrativo susceptible de ser demandado, ya que no afectó ningún derecho de los administrados, pues aunque el acto dijo derogar las Ordenanzas 23 de 1959, 54 de 1967 y 13 de 1984, lo cierto es que ellas dejaron de tener vigencia antes de su expedición.

LA APELACIÓN

El apoderado de la parte actora pide la revocatoria de la sentencia inhibitoria apelada para que en su lugar se profiera fallo de fondo decretando la nulidad de la Ordenanza No. 048 de fecha 15 de diciembre de 1995, proferida por la Honorable Asamblea del Departamento de Boyacá "Por la cual se derogan las ordenanzas números 023 de diciembre 9 de 1959, 054 de diciembre 6 de 1967 y 013 de diciembre 11 de 1984".

No comprende porqué el Tribunal trajo a colación la vigencia de las Ordenanzas 23 de 1959, 54 de 1967 y 13 de 1984, cuando estos son actos administrativos independientes.

Con base en lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e), recalca la falta de competencia de la Asamblea Departamental de Boyacá para señalar el régimen prestacional y salarial de los empleados públicos, tal y como lo reconoció el Consejo de Estado en la sentencia del 24 de julio de 2008¹, cuando en el caso concreto aplicó la excepción de inconstitucionalidad de la Ordenanza No. 48 de 1995.

¹ Rad. 15001 23 31 000 2002 02573 01 (2481-07) M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora, en esta etapa procesal, agregó que el Tribunal no podía afirmar que las Ordenanzas 23 de 1959, 54 de 1967 y 13 de 1984 se encontraban derogadas, ya que no aparece dentro del expediente documento o prueba alguna que así lo demuestre. Por el contrario, está probado que la Ordenanza 48 de 1995 derogó las ordenanzas antes enunciadas modificando de esta manera los salarios de los docentes, beneficiarios del sobresueldo del 20%.

El apoderado del **Departamento del Boyacá** aduce que la Ordenanza 23 de 1959, que estableció un estímulo económico para los docentes que cumplieran 20 años de servicio a la educación y no acreditaran edad para pensionarse, fue derogada total y expresamente por la Ordenanza 48 del 15 de diciembre de 1995.

Sin embargo, considera que la citada Ordenanza 23 había sido derogada anteriormente, tal y como lo sostuvo el Tribunal, con la expedición de la Ley 60 de 1993 y el Decreto Nacional 52 de 1994, y por tanto no se puede solicitar su nulidad, pues no produjo efecto jurídico alguno.

El **Ministerio Público** en su concepto, solicita la revocatoria de la sentencia apelada para que en su lugar se acceda a la nulidad de la Ordenanza 48 de 15 de diciembre de 1995, expedida por el Departamento de Boyacá.

No comparte la decisión inhibitoria del Tribunal por cuanto la Ordenanza acusada se encuentra vigente, toda vez que no ha sido derogada ni suspendida, y en esa medida es posible demandarla sin importar que los actos que ella deroga se encuentren vigentes o no.

Respecto al cargo de nulidad, considera que es absolutamente clara la incompetencia de la Asamblea Departamental de Boyacá para proferir el acto acusado, pues este reguló asuntos salariales y prestacionales de los empleados bajo su cargo, asunto que no está dentro del ámbito de su competencia.

CONSIDERACIONES

El asunto se concreta a establecer la legalidad de la **Ordenanza No. 48 de 15 de diciembre de 1995**, frente al cargo de falta de competencia de la Asamblea Departamental de Boyacá. El texto del acto es el siguiente (fls. 12 y 13):

“Por la cual se derogan las ordenanzas números 023 de diciembre de 1959, 054 de diciembre 6 de 1967 y 013 de diciembre 11 de 1984”

ARTICULO PRIMERO.- Derogar en su totalidad las Ordenanzas números 023 de diciembre 9 de 1959, 054 de diciembre 56 de 1967 y 013 de diciembre 11 de 1984.

ARTICULO SEGUNDO.- Se respetarán los derechos adquiridos con fundamento en las ordenanzas que se están derogando.

ARTICULO TERCERO.- La presente ordenanza rige a partir de la fecha de su sanción y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias

El Tribunal Administrativo de Boyacá, determinó que la Ordenanza 48, expedida en el año de 1995, no había producido efecto alguno al encontrar que las Ordenanzas 23 de 1959, 54 de 1967 y 13 de 1984, para 1995 ya no se encontraban vigentes, en razón a que había ocurrido el fenómeno jurídico de la derogatoria orgánica, por cuanto el tema salarial contenido en ellas había sido modificado íntegramente, después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, con la Ley 60 de 1993 y con el Decreto 52 de 1994, este último expedido por el Presidente de la República, en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992.

El Ministerio Público no comparte la decisión inhibitoria del Tribunal, por cuanto la Ordenanza acusada se encuentra vigente, toda vez que no ha sido derogada ni suspendida, y en esa medida es posible demandarla sin importar que los actos que ella deroga se encuentren vigentes o no.

La Sala considera que en este proceso no cabe una decisión inhibitoria, porque aún aceptando la tesis de la derogatoria de las Ordenanzas 23 de 1959, 54 de 1967 y 13 de 1984, en el año 1994, lo cierto es que la Ordenanza 48 de 1995, acusada, produjo sus propios efectos, tal y como lo planteó el Magistrado Francisco Antonio Iregui en su salvamento de voto, en el sentido de que la citada

Ordenanza 48 no sólo derogó las anteriores ordenanzas expedidas en los años 1959, 1967 y 1984, sino que prolongó los derechos reconocidos en ellas, por lo menos hasta la fecha en que se expidió el acto acusado, pues en su artículo 2º protegió los derechos adquiridos de los docentes que cumplían con los requisitos en las mismas ordenanzas derogadas.

Ciertamente, esta Corporación ha tramitado y fallado procesos² de nulidad y restablecimiento del derecho cuyas pretensiones se han fundamentado en el Decreto Departamental No. 000463 de 6 de mayo de 1996³, que desarrolló precisamente los efectos jurídicos de la Ordenanza 48 de 1995, lo cual muestra que la administración pública la ha considerado como fuente de derechos.

Es de advertir que la demanda de la referencia no está encaminada a resolver ningún caso concreto y particular frente a la vigencia de las Ordenanzas 23 de 1959, 54 de 1967 y 13 de 1984, ni como presupuesto de la presunción de legalidad de las mismas. Lo que se trata de afrontar a través de la presente acción de simple nulidad es un cargo objetivo por la falta de competencia de la autoridad que las derogó; por ello, para las resultas del proceso importa es la materia regulada en aquellas ordenanzas expedidas en los años 1959, 1967 y 1984, con el objeto de confrontarlas con las facultades constitucionales y legales atribuidas, en este caso, a la Asamblea Departamental de Boyacá, para la época en que se expidió la Ordenanza 48 de 1995, que al derogarlas expresamente, conservó los derechos de quienes habían cumplido para ese año con los requisitos exigidos en ellas.

Procede la Sala entonces con el control de legalidad propuesto contra la Ordenanza 48 de 1995, frente a la competencia de la Asamblea Departamental de Boyacá para expedirla, advirtiéndole que los derechos creados por las ordenanzas 23 de 1959, 54 de 1967 y 13 de 1984, pudieron haber perdido su vigencia en consideración a los cambios introducidos en la Constitución de 1991, por lo cual en cada caso concreto deberá analizarse su aplicabilidad de acuerdo con la materia

² Entre otras, en la sentencia de 8 de abril de 2010 Exp. No. 1026-2008 Actora: María Martha del Carmen Molina

³ Artículo 1º del Decreto No. 000463 del 6 de mayo de 1996.- Para efectos del artículo 2º de 1995, se entiende por derechos adquiridos las formas vigentes de liquidar y pagar salario de **los docentes Nacionalizados y Departamentales vinculados hasta el 31 de diciembre de 1995**; por consiguiente para estos docentes el salario se liquida y pagará así: (..)

regulada en cada una de ellas, pues tal determinación escapa a la competencia funcional de la Sala en tratándose de la acción de simple nulidad.

En la sentencia de 24 de julio de 2008⁴, esta Subsección “A” analizó el derecho contenido en la Ordenanza 23 de 1959. La Sala concluyó que se trataba de un elemento salarial que incrementaba el sueldo en un 20% de los docentes con 20 años de experiencia.

En la sentencia de 30 de junio de 2011⁵, la Sección Segunda realizó el control de legalidad de la Ordenanza 54 de 1967. La Sala para decretar la nulidad parcial del acto, consideró que los derechos contenidos en él eran de carácter salarial, pero también prestacional, pues “a diferencia del sobresueldo y de la prima de grado, la prima de clima corresponde a una prestación social y no a un factor de salario.”

La Ordenanza 13 de 1984, allegada al proceso (fl. 91), en su artículo único establece que las asignaciones salariales y primas del personal docente pagadas con cargo al presupuesto de rentas y gastos del Departamento de Boyacá no podrán ser inferiores a las establecidas en la Ley para los mismos funcionarios en el sector educativo del orden Nacional.

El contenido de las Ordenanzas 23 de 1959, 54 de 1967 y 13 de 1984, hacen ver que la Asamblea Departamental a través de la Ordenanza 48 de 1995, al derogar las mismas y conservar los derechos adquiridos, modificó en el año 1995, no sólo el régimen salarial de los docentes del Departamento de Boyacá, sino también su régimen prestacional.

En este orden de ideas, resulta evidente que para el año de 1995, cuando la Asamblea Departamental de Boyacá expidió la Ordenanza No. 48, sin duda, quebrantó el orden constitucional y legal, pues estas Corporaciones, en materia prestacional, nunca han tendido la facultad para modificar su régimen; ni la potestad, en el ámbito salarial, para crear o eliminar elementos o factores

⁴ Exp. 2481-07 Actor: Ricardo Nel Ayala Becerra, M.P. Gustavo Gómez Aranguren.

⁵ Exp. 2031-2009 Actor: Ministerio de Educación Nacional, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

salariales, pues su competencia desde el año 1968 fue otorgada para únicamente establecer las escalas salariales. Veamos:

En la sentencia de 16 de febrero de 2012⁶, esta Sala con ponencia de quien presenta este proyecto de fallo, hizo un recuento y análisis de la normativa del régimen salarial y prestacional de los empleados del nivel territorial, en los siguientes términos:

La historia constitucional refiere que fue en el numeral 5º del artículo 54 del Acto Legislativo No. 3 de 1910, reformativo de la Constitución Nacional de 1886, en el que se le otorgó a las Asambleas Departamentales la facultad para fijar el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos⁷. Competencia que se mantuvo en el Acto Legislativo No. 1 de 1945, concretamente en el numeral 5º de su artículo 83⁸.

Posteriormente, el Acto Legislativo No. 1 de 1968 en el numeral 5º de su artículo 57 estableció que a las Asambleas por medio de Ordenanzas les correspondía determinar a iniciativa del Gobernador, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo. Y, en el numeral 9º de su artículo 60, atribuyó a los Gobernadores la fijación de los emolumentos de los empleos que demanden los servicios departamentales, con sujeción a la anterior disposición⁹.

⁶ Exp. 0349-2008 Actor: Gustavo Eduardo Reyes Fernández. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

⁷ **Acto Legislativo No. 3 de 31 de octubre de 1910. Artículo 54. “Corresponde a las Asambleas: ... 5º. La creación y supresión de Circuitos de Notaría y de Registro y la fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos”.**

⁸ **Acto Legislativo No. 1 de 18 de febrero de 1945. Artículo 83. “Corresponde a las Asambleas: ... 5º. La fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos”.**

⁹ **Acto Legislativo No. 1 de 11 de diciembre de 1968. Artículo 57. “El artículo 187 de la Constitución Nacional quedará así: “Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas: ... 5) Determinar a iniciativa del Gobernador, la estructura de la Administración Departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo”.**

Artículo 60. “El artículo 194 de la Constitución Nacional quedará así: Son atribuciones del Gobernador: ... 9) Crear, suprimir y fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales, y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus emolumentos, con sujeción a las normas del ordinal 5º del artículo 187”.

Es entonces a partir de esta reforma Constitucional de 1968, que se modificó el régimen de competencia de las Asambleas en materia salarial, en la medida en que expresamente se les atribuyó la función de establecer la escala salarial de los empleados departamentales.

Ello sin olvidar, que dicho Acto Legislativo en el numeral 9º de su artículo 11¹⁰, introdujo para el Congreso la facultad de expedir la Ley Marco para fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, al tiempo que le asignó al Presidente, en el numeral 21 del artículo 41¹¹, la potestad de fijar las dotaciones y emolumentos con sujeción a dicha Ley.

Con la expedición de la **Carta Política de 1991**, las competencias en materia salarial se distribuyen entre el Congreso, a quien de conformidad con el literal e) del numeral 19 de su artículo 150 le corresponde fijar el régimen salarial de los empleados públicos -al igual que el prestacional-¹² y el Gobierno, a quien en el numeral 14 de su artículo 189 se le atribuyó la facultad de fijar las dotaciones y emolumentos de los empleos que demande la Administración Central¹³.

¹⁰ **Acto Legislativo No. 1 de 11 de diciembre de 1968. Artículo 11.** *“El artículo 76 de la Constitución Nacional quedará así: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: 9. Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales”.*

¹¹ **Acto Legislativo No. 1 de 11 de diciembre de 1968. Artículo 41.** *“El artículo 120 de la Constitución Nacional quedará así: Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:... 21. Crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y los subalternos del Ministerio Público y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus dotaciones y emolumentos, todo con sujeción a las leyes a que se refiere el ordinal 9º del artículo 76. El Gobierno no podrá crear a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales”.*

¹² **Artículo 150.** *“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce 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 y de la Fuerza Pública”.*

¹³ **Artículo 189.** *“Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: ... 14. Crear, fusionar o suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central, señalar sus funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos. El Gobierno no podrá crear con cargo al Tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales”.*

Con lo anterior se aprecia, cómo en la Carta Fundamental vigente se conserva la competencia compartida entre el Legislador y el Ejecutivo para la fijación del régimen salarial, solo que en la actualidad es el Legislador quien por medio de la Ley -tal como lo hizo con la Ley 4ª de 1992-, le determina al Gobierno los principios y parámetros que debe tener en cuenta para el establecimiento de dicho régimen. Y se resalta que dentro de esos parámetros, tal como lo prescribe el Parágrafo del artículo 12 de dicha Ley Marco¹⁴, el Gobierno se encuentra facultado para señalar los límites máximos en los salarios de los servidores.

Por su parte, a las **Asambleas Departamentales** como lo establece el numeral 7º de su artículo 300, luego de la modificación que fue introducida por el artículo 2º del Acto Legislativo No. 1 de 1996, **les corresponde por medio de ordenanzas determinar las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo**¹⁵; con lo que para la Sala es evidente, que la facultad que le fue otorgada a estas Corporaciones desde la reforma constitucional de 1968, se perpetúa en la Carta Fundamental de 1991.

A los **Gobernadores**, como lo señala el numeral 7º de su artículo 305, les compete **fijar los emolumentos de sus dependencias con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas**¹⁶.

Y a los Concejos Municipales de igual manera, tal como lo estipula el numeral 6º de su artículo 313, les incumbe determinar las escalas de

¹⁴ Ley 4ª de 1992. Artículo 12. "El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley. En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad. **PARÁGRAFO. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional.**

¹⁵ Artículo 300. "**Corresponde a las Asambleas Departamentales**, por medio de ordenanzas: ... 7. Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, **las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo**; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta".

¹⁶ Artículo 305. "**Son atribuciones del gobernador:** ... 7. Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales **y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas**. Con cargo al tesoro departamental no podrá crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado".

remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo¹⁷, y los Alcaldes, como lo prescribe el numeral 7º de su artículo 315, deben fijar los emolumentos de sus dependencias con arreglo a los acuerdos correspondientes¹⁸.

Se observa cómo en materia salarial, las competencias que les asisten al Congreso de la República y al Gobierno de manera concurrente, son complementadas en el orden territorial, según la normativa Superior, con las funciones atribuidas a las autoridades seccionales y locales, es decir, a las Asambleas Departamentales y al Gobernador, al igual que a los Concejos Municipales y al Alcalde, siempre dentro de los límites señalados por el Gobierno Nacional.

Resalta la Sala, que la facultad constitucional otorgada a las Asambleas Departamentales para fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo, como en anterior oportunidad lo advirtió la Corporación¹⁹, es de índole eminentemente técnica, que no comprende la facultad de crear el salario o factores salariales, sino que se limita a la de agrupación o clasificación de los empleos del nivel departamental en las diferentes categorías, debiendo señalar en forma escalonada las consecuencias económicas que se derivan de dicha categorización.

Por manera que, las Asambleas Departamentales dentro del sistema de remuneración de los cargos territoriales, gozan por virtud de la preceptiva constitucional, de autonomía para fijar los sueldos correspondientes a cada una de las diferentes categorías ocupacionales, pero siempre dentro del límite máximo

¹⁷ Artículo 313. **“Corresponde a los Concejos:** ... 6. Determinar la estructura de la Administración Municipal y las funciones de sus dependencias; **las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos;** crear, a iniciativa del Alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.”.

¹⁸ Artículo 315. **“Son atribuciones del alcalde:** ... 7. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales **y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes.** No podrá crear obligaciones que excedan al monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado”.

¹⁹ Consejo de Estado. Sentencia de 11 de septiembre de 2003. Radicado No. 1518. Consejera Ponente Dra. Susana Montes de Echeverri.

fijado por el Gobierno Nacional²⁰ y los Gobernadores deben sujetar su actuación a tales parámetros, en el sentido de determinar el sueldo concreto asignado a cada una de ellas.

En consonancia con los referidos mandatos constitucionales, la Ley 330 de 1996²¹ que desarrolló el artículo 308 Superior, sobre los gastos de funcionamiento de las Asambleas y de las Contralorías Departamentales, en su artículo 3º preceptúa de manera expresa, que es atribución de las **Asambleas Departamentales, en relación con las respectivas Contralorías**, determinar "... su estructura, planta de personal, funciones por dependencias y **escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo, a iniciativa de los contralores**".

La Ley entonces, en consonancia con la Carta Magna, de manera concreta determina para la Asamblea la facultad de fijar las escalas de remuneración de su respectiva Contraloría y a iniciativa del Contralor, sin que de ninguna manera autorice al Gobernador su intervención.

En lo que concierne **al régimen prestacional de los empleados públicos territoriales**, fue el artículo 22 de la Ley 6ª de 1945²² el que facultó al Gobierno para establecer por medio de Decreto las prestaciones que se debían pagar a dichos empleados.

²⁰ En este sentido se reitera que el Parágrafo del artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, otorga al **Gobierno la facultad para señalar el límite máximo salarial** de los servidores públicos de las entidades territoriales, guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional. Esta norma declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C- 315 de 19 de julio de 1995, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, "... siempre que se entienda que las facultades conferidas al gobierno se refieren, en forma exclusiva, a la fijación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales, al régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales territoriales y **al límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales ...**".

²¹ Ley 330 de 1996 "Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales".

²² Ley 6ª de 1945. Artículo 22. "**El Gobierno, teniendo en cuenta la condición económica de los respectivos Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, señalará por medio de decreto las prestaciones que hayan de pagar a los empleados y obreros correspondientes**".

Posteriormente, el numeral 9º del artículo 11 del Acto Legislativo No. 1 de 1968 ²³, reformativo del artículo 75 de la Carta Política de 1886, dispuso que era al Congreso a quien le competía fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales.

Con lo que se tiene que a partir del año 1968, el régimen prestacional de los empleados públicos del nivel seccional y local, al igual que del nacional, era exclusivamente del resorte legal, sin que fuera posible su reconocimiento por medio de actos jurídicos de contenido diferente, tales como los acuerdos u ordenanzas.

La Carta Fundamental de 1991, establece en el literal e) del numeral 19 de su artículo 150, que corresponde al Congreso la fijación del régimen prestacional de los empleados públicos, función que en todo caso es indelegable en las Corporaciones Públicas Territoriales y estas no podrán arrogárselas, como lo informa el inciso final de dicho numeral; por manera que es al Legislador a quien le corresponde la expedición de la Ley Marco a la cual debe sujetarse el Gobierno Nacional para establecer el régimen prestacional respecto de los empleados públicos del orden nacional, seccional o local, bien del nivel central o del descentralizado, función que dicho sea de paso es indelegable, de suerte que a los servidores públicos solo se les pueden reconocer y pagar las prestaciones establecidas por las autoridades competentes conforme a la Carta Política.

Se colige de lo anterior, que ni antes ni ahora existe disposición que faculte a las entidades territoriales para establecer las prestaciones sociales de los empleados públicos del orden nacional, seccional y local, pues dicha atribución corresponde al Gobierno Nacional conforme a la Ley Marco que expida el Congreso.

²³ **Acto Legislativo No. 1 de 11 de diciembre de 1968. Artículo 11.** “El artículo 76 de la Constitución Nacional quedará así: “**Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas** ejerce las siguientes atribuciones: ... 9) Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y **fijar** las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como **el régimen de sus prestaciones sociales**”.

Así las cosas, concluye la Sala que fue desvirtuada la presunción de legalidad del acto acusado, razón por la cual habrá de revocarse la sentencia inhibitoria proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, para en su lugar declarar la nulidad de la Ordenanza 48 del 15 de diciembre de 1995.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia inhibitoria del veintiséis (26) de agosto de dos mil diez (2010), proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, dentro del proceso de nulidad simple promovido por JOSÉ CRISTOBAL DUARTE RIAÑO contra el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ. En su lugar se **DISPONE**:

DECLÁRASE la nulidad de la Ordenanza No. 48 del 15 de diciembre de 1995, expedida por la Asamblea Departamental de Boyacá "Por la cual se derogan las ordenanzas números 023 de diciembre 9 de 1959, 054 de diciembre 6 de 1967 y 013 de diciembre 11 de 1984"

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

Ausente con excusa

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO