

SALARIO - Noción. Alcance. Elementos. Diferencia con prestación social / PRESTACIONES SOCIALES - Noción. Alcance. Factores. Diferencia con salario / ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Fijación de elementos salariales a docentes

Resulta pertinente establecer primero la naturaleza jurídica del derecho laboral, que estableció la Ordenanza 23, a favor de los maestros del Departamento de Boyacá, porque tanto en la Constitución de 1886 como en la de 1991, la competencia que se fija para regular el régimen salarial no es la misma que se asigna para establecer el régimen prestacional. Como las prestaciones sociales y el salario se derivan igualmente de la relación de trabajo, se hace necesario distinguirlas. Constituye salario todo lo que se paga directamente por la retribución o contraprestación del trabajo realizado, en cambio las prestaciones sociales se pagan para que el trabajador pueda sortear algunos riesgos claramente identificables, como por ejemplo el de la vejez (pensión), la enfermedad (seguridad social de salud) y el de la capacidad para laborar (vacaciones). Las prestaciones sociales no emergen por criterios particulares y concretos, sino por aspectos generales en relación con todos los trabajadores o un grupo considerable de ellos, en cambio el salario sí se constituye frente a casos particulares y concretos, atendiendo un factor objetivo, esto es, en razón a la naturaleza del cargo, y/o otro factor subjetivo, por la persona que desempeña el empleo. El primer factor depende de la responsabilidad y complejidad del cargo o empleo, y el segundo, entre otras circunstancias, según la capacidad, nivel académico o experiencia del empleado. Por lo anterior, el salario corresponde a una suma de varios valores que corresponden a varios elementos salariales, de los cuales, de conformidad con cada régimen prestacional aplicable, algunos de ellos se tienen en cuenta para las prestaciones sociales, es decir, como factores salariales. Bajo estos conceptos, la Sala puede concluir que el derecho laboral que trata la precitada Ordenanza Departamental No. 23, corresponde a un elemento salarial, porque fue creada solamente para aquellos docentes con 20 años de experiencia (factor subjetivo) que se encontraran por fuera de la edad, según la ley, de vejez; emolumento que se de pagar calculando el 20% del sueldo (elemento salarial objetivo), es decir, siempre y cuando se siga ejerciendo la actividad docente.

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia de 25 de mayo de 2006, Ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO.

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Competencia por delegación del Congreso para fijar salarios a docentes. Evolución constitucional y legal / REGIMEN SALARIAL DE LOS EMPLEADOS TERRITORIALES - Competencias del Congreso Nacional, Asambleas y Concejos / SALARIO - Evolución constitucional y legal / DELEGACION DEL CONGRESO - Asambleas departamentales

Cuando la Ordenanza No. 23 de 1959, se expidió, se encontraba vigente la Constitución de 1886, incluidas las reformas de los Actos Legislativos No. 3 de 1910 y No. 1 de 1945. En principio, el artículo 76 de esa Carta, si bien le confirió al Congreso la función de “Crear todos los empleos que demande el servicio público, y fijar sus dotaciones.” (Numeral 7º), también autorizaba a esa Corporación Legislativa para “conferir atribuciones especiales a las Asambleas Departamentales.” (Numeral 3º), autorización que se repitió en el artículo 187 ibídem, cuando señalaba que “Las Asambleas Departamentales, además de sus atribuciones propias, podrán ejercer otras funciones por autorización del Congreso.” Después, el citado Acto Legislativo de 1910, facultó directamente a las Asambleas para fijar “...el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos”, facultad ratificada por la Ley 4ª de 1913.

Posteriormente, el referido Acto Legislativo de 1945, reiteró tanto la autorización para que el Congreso confiriera atribuciones especiales a las Asambleas Departamentales, como la facultad conferida por el Acto Legislativo de 1910, para que éstas fijaran el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos. De lo anteriormente expuesto y haciendo la salvedad que el término “salario” se empezó a utilizar fue a partir de la Ley 6ª de 1945, no existe duda alguna que para el año de 1959, el artículo 20 de la Ordenanza Departamental que reguló el tema salarial de los maestros públicos, fue expedida de conformidad con las reglas de competencia fijadas en los preceptos constitucionales y legales de la época, quedando dicha norma con plena validez y eficacia e incrustada en el ordenamiento jurídico colombiano. Ahora bien, a partir del Acto Legislativo No. 1 de 1968, con las modificaciones de los artículos 76, 120 y 187 de la Constitución de 1886, se introdujo el concepto de escalas de remuneración, que debían ser establecidas por el Presidente de la República para el nivel nacional, y por las Asambleas para la Administración Departamental, dejando a los Gobernadores la función de fijar sus emolumentos. Finalmente con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, la competencia para fijar el régimen salarial de los empleados territoriales, en términos de la Corte Constitucional, quedó de forma concurrente, así: “Primero, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero, las asambleas departamentales y concejos municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto, los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto 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”.

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia de la Corte Constitucional C-510 de 1999, Ponente: ALFREDO BELTRAN SIERRA.

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Competencia para fijación de escalas salariales no para crear factores o elementos salariales / REGIMEN SALARIAL DE LOS EMPLEADOS TERRITORIALES - Cambio de competencia desde 1968. Reserva del legislador / EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - De la ordenanza 48 de 1995 al fijar régimen salarial a empleados departamentales / ORDENANZA DEPARTAMENTAL - Excepción de inconstitucionalidad al fijar régimen salarial. Vigencia de la Ordenanza 23 de 1959 / SOBRESUELDO A DOCENTES - Vigencia de la Ordenanza 23 de 1959 / INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE - Improcedencia en tránsito constitucional

Como lo advirtió el Tribunal, la nueva Carta de 1991, reservó la facultad de fijar el régimen salarial de los empleados públicos en cabeza del Congreso y del Gobierno Nacional, sin perjuicio de la competencia asignada a las Asambleas departamentales y a los Concejos Municipales para determinar las escalas salariales. Esta Corporación ha sostenido que la facultad atribuida a las Asambleas y Concejos para fijar las escalas salariales es para determinar los grados o niveles para las distintas categorías de empleos y no para crear elementos salariales o factores salariales. En este orden de ideas, resulta evidente que hubo un cambio de competencia para fijar el régimen salarial de los empleados territoriales a partir del año de 1968, situación que se consolidó

definitivamente con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. La primera conclusión a la que llega la Sala es que para el año de 1995, cuando la Asamblea Departamental de Boyacá, expidió la Ordenanza No. 48, que según la parte actora derogó la Ordenanza No. 23 de 1959, sin duda, quebrantó el nuevo orden constitucional y legal, pues al modificar el régimen salarial de los empleados departamentales, se arrogó facultades que estaban ya en cabeza del Congreso y en especial del Gobierno Nacional, siendo aplicable la excepción de inconstitucionalidad, y por ende queda la Ordenanza 23, con plena validez y eficacia. Ahora bien, como lo advierte el recurrente por el solo hecho de entrar en vigencia la Constitución de 1991, no se puede afirmar, prima facie, que ocurrió el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente de la Ordenanza No. 23 de 1959, porque el tránsito constitucional no conlleva forzosamente la derogación de todas las normas expedidas bajo la Constitución derogada. Este aserto se esgrime con fundamento en el artículo 9º de la ley 153 de 1887, que fija el criterio hermenéutico a la entrada de una nueva Constitución. El derecho creado por la Ordenanza No. 23 de 1959, para los docentes del Departamento de Boyacá que cuentan con 20 años de servicios, sin edad para pensionarse, aún cuenta con plena validez y eficacia. En consonancia con lo anterior, la Sala revocará la sentencia apelada, para en su lugar declarar la nulidad del acto acusado, y al mismo tiempo condenar al demandado a reconocer y pagar al señor Ricardo Nel Ayala Becerra a partir del 10 de marzo de 2001, fecha en la cual cumplió 20 años de servicios como docente, el sobresueldo del 20%, que trata el artículo 20 de la Ordenanza Departamental de Boyacá No. 23 de 1959.

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia de la Corte Constitucional C-014 de 1993, Ponente: CIRO ANGARITA BARON.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil ocho (2008).

Radicación número: 15001-23-31-000-2002-02573-01(2481-07)

Actor: RICARDO NEL AYALA BECERRA

Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACA

Decide la Sala, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 19 de julio de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, dentro del proceso promovido por Ricardo Nel Ayala Becerra contra el Departamento de Boyacá.

ANTECEDENTES

1. El actor, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., acudió al Tribunal Administrativo de Boyacá con el fin de obtener de esa Corporación Judicial la anulación de la **Comunicación D.J. 0731 de 25 de abril de 2002** suscrita por el Secretario de Educación de Boyacá, por medio de la cual se le negó al actor el reconocimiento y pago del sobresueldo equivalente al 20% adicional a la asignación básica devengada mensualmente.

A título de restablecimiento del derecho, el demandante solicitó que se le reconocieran los valores correspondientes al 20% de salario adicional, por haber laborado 20 años de servicios y no haber aún cumplido la edad para obtener la pensión de jubilación; pidió que se condenara a la parte demandada a reajustar, liquidar y pagar a su favor, todas y cada una de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales a que tiene derecho, incluyendo el porcentaje correspondiente al sobresueldo del 20% sobre la asignación básica; por último deprecó la actualización de las sumas resultantes de la condena, conforme a lo señalado en los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Como sustento fáctico de la acción, sintetizó lo siguiente:

El demandante ha laborado al servicio de la Secretaría de Educación de Boyacá a partir del día 4 de febrero de 1981, completando más de 20 años de servicios continuos e ininterrumpidos al servicio de la administración departamental. Nació el día 7 de febrero de 1963, y a la fecha de presentación de la demanda no ha cumplido con el requisito de la edad para obtener el reconocimiento de su pensión de jubilación.

El día 22 de marzo de 2002, solicitó el reconocimiento y pago del sobresueldo equivalente al 20% del salario básico devengado mensualmente. Dicha petición fue resuelta negativamente por la administración a través de la **Comunicación N° D.J. 0731 de 25 de abril de 2002**, en la cual se le indicó que *“...A pesar de que su vinculación es de carácter Nacionalizado, la fecha de ingreso al cargo fue el día 04 de Febrero de 1981 y no antes del 31 de Diciembre de 1980, fecha en la cual se dio por terminado el proceso de Nacionalización...”*, por lo tanto no tenía derecho al pago del sobresueldo del 20%.

Adujo que la comunicación enjuiciada vulneró ostensiblemente el Decreto N° 00250 de 15 de marzo de 1996, que en el literal a) de su artículo 1º, otorga el derecho a recibir un 20% de aumento sobre el sueldo básico mensual para los educadores que completen 20 años de servicios al Departamento de Boyacá, siempre y cuando estuvieren vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1995 y no hayan alcanzado la edad requerida para la obtener pensión de jubilación.

Precisó que dicho Decreto N° 00250 desarrolló el artículo 2º de la Ordenanza 48 de 15 de diciembre de 1995, a través de la cual se derogaron las ordenanzas 023 de 1954, 059 de 1967 y 013 de 1984.

Al desconocer las disposiciones departamentales, agregó que la administración quebrantó principios constitucionales tales como la estabilidad en el empleo, igualdad de oportunidades e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales.

2. Aunque la demanda fue notificada al Departamento de Boyacá, no contestó la demanda.

LA SENTENCIA APELADA

Mediante la sentencia de 19 de julio de 2007, el Tribunal Administrativo de Boyacá denegó las pretensiones elevadas.

Indicó que las normas señaladas en la demanda son de carácter departamental y por lo tanto debían allegarse al proceso como objeto de prueba, sin embargo, la parte actora omitió el cumplimiento de ese requisito, lo que impide hacer una confrontación directa entre el acto administrativo demandado y las normas consideradas como violadas.

En todo caso reiteró la posición que esa Corporación ha mantenido en relación con el sobresueldo del 20% para el nivel territorial, en el sentido de que con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, corresponde al Congreso de la República fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, dejando sin fundamento jurídico la pretensión económica elevada por el actor por inconstitucionalidad sobreviviente (sic).

Agregó que en el presente caso no surge ningún derecho adquirido en cabeza del actor, por cuanto las Ordenanzas que crearon el sobresueldo del 20% habían sido derogadas a la fecha de la petición elevada por el demandante al Departamento de Boyacá, mediante el Decreto 048 de 1995.

LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora apeló el fallo del Tribunal.

Sostuvo, en síntesis, que la jurisprudencia tanto de esta Corporación como de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, han señalado que el tránsito constitucional no trajo consigo la derogatoria en bloque de las normas jurídicas existentes al momento de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991. Para sustentar dicho argumento, el apelante trajo a colación apartes del concepto de 11 de septiembre de 2003, emitido por la Sala de Consulta y del Servicio Civil de esta Corporación, referente al tema.

En tal virtud y al estar facultadas las Asambleas Departamentales por la Constitución Nacional de 1886 para crear salarios y prestaciones sociales de sus empleados, solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia para que se concedan las pretensiones elevadas.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El presente asunto se contrae a establecer sí el artículo 20 de la Ordenanza Departamental de Boyacá No. 23 de 1959, aún se encuentra vigente, para que el actor pueda ser beneficiado por el incremento del 20% sobre la asignación básica, en razón a que el 10 de marzo de 2001 cumplió veinte años de servicio, sin tener la edad requerida por la ley para ser jubilado:

“ORDENANZA No. 23 de 1959
Sobre asignaciones básicas del Magisterio Escolar y otras
disposiciones sobre Educación

(..)

Artículo 20 .- Los maestros de escuelas que habiendo trabajado veinte años de servicio y no tengan la edad requerida por la Ley para ser jubilados, tendrán derecho a un 20% de aumento sobre su sueldo básico.(fl. 112)

(..)”

Informa la parte actora que la Ordenanza No. 48 del 15 de diciembre de 1995, derogó en su totalidad la mencionada Ordenanza No. 23, pero que el Decreto Departamental No. 250 del 15 de marzo de 1996, que desarrolló aquella norma, protegió el derecho del incremento del 20%, para los docentes nacionalizados y departamentales vinculados hasta el 31 de diciembre de 1995.

El Juez A-quo consideró que si bien la Ordenanza No. 23 de 1959, que estableció el incremento salarial del 20%, fue derogada por la Ordenanza No. 48 de 1995, en todo caso al entrar en vigencia la Constitución de 1991, sobrevino la inconstitucionalidad de la primera norma departamental, en razón a que la nueva Carta reservó la facultad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos al Congreso y al Gobierno Nacional.

Como referente jurisprudencial de la Sección Segunda de esta Corporación acerca del incremento del 20% sobre la asignación básica que trata la Ordenanza No. 23 de 1959, se puede citar un caso similar¹, sin embargo en aquella oportunidad, la Sala de la Subsección “B” quedó relevada para pronunciarse ampliamente con respecto al derecho que se reclama, por cuanto no se citaron debidamente los preceptos normativos en el escrito introductorio del proceso.

Como quiera que, en esta oportunidad, la parte actora citó todas las normas territoriales pertinentes, y como en el recurso de apelación el recurrente debate la naturaleza jurídica del derecho contenido en la Ordenanza No. 23 de 1959, y la constitucionalidad y legalidad de la misma con base en las Constituciones de 1886 y 1991, procede la Sala a resolver el asunto, en el mismo orden propuesto.

Resulta pertinente establecer primero la naturaleza jurídica del derecho laboral, que estableció la Ordenanza 23, a favor de los maestros del

¹ Sentencia del 25 de mayo de 2006, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado

Departamento de Boyacá, porque tanto en la Constitución de 1886 como en la de 1991, la competencia que se fija para regular el régimen salarial no es la misma que se asigna para establecer el régimen prestacional.

Como las prestaciones sociales y el salario se derivan igualmente de la relación de trabajo, se hace necesario distinguirlas. Constituye salario todo lo que se paga directamente por la retribución o contraprestación del trabajo realizado, en cambio las prestaciones sociales se pagan para que el trabajador pueda sortear algunos riesgos claramente identificables, como por ejemplo el de la vejez (pensión), la enfermedad (seguridad social de salud) y el de la capacidad para laborar (vacaciones).

Las prestaciones sociales no emergen por criterios particulares y concretos, sino por aspectos generales en relación con todos los trabajadores o un grupo considerable de ellos, en cambio el salario sí se constituye frente a casos particulares y concretos, atendiendo un factor objetivo, esto es, en razón a la naturaleza del cargo, y/o otro factor subjetivo, por la persona que desempeña el empleo. El primer factor depende de la responsabilidad y complejidad del cargo o empleo, y el segundo, entre otras circunstancias, según la capacidad, nivel académico o experiencia del empleado.

Por lo anterior, el salario corresponde a una suma de varios valores que corresponden a varios **elementos salariales**, de los cuales, de conformidad con cada régimen prestacional aplicable, algunos de ellos se tienen en cuenta para las prestaciones sociales, es decir, como factores salariales.

Bajo estos conceptos, la Sala puede concluir que el derecho laboral que trata la precitada Ordenanza Departamental No. 23, corresponde a un elemento salarial, porque fue creada solamente para aquellos docentes con 20 años de experiencia (factor subjetivo) que se encontraran por fuera de la edad, según la ley, de vejez; emolumento que se de pagar calculando el 20% del sueldo (elemento salarial objetivo), es decir, siempre y cuando se siga ejerciendo la actividad docente.

Una vez definido que el derecho laboral contenido en la Ordenanza que se examina, es un elemento salarial que incrementa el salario de los docentes mas experimentados, corresponde ahora a la Sala examinar la competencia para

fijar el régimen salarial departamental, al tiempo que se expidió la norma habilitante y a la época en que se consolidó el derecho.

Cuando la Ordenanza No. 23 de 1959, se expidió, se encontraba vigente la Constitución de 1886, incluidas las reformas de los Actos Legislativos No. 3 de 1910 y No. 1 de 1945. En principio, el artículo 76 de esa Carta, si bien le confirió al Congreso la función de *“Crear todos los empleos que demande el servicio público, y fijar sus dotaciones.”* (Numeral 7º), también autorizaba a esa Corporación Legislativa para *“conferir atribuciones especiales a las Asambleas Departamentales.”* (Numeral 3º), autorización que se repitió en el artículo 187 ibídem, cuando señalaba que *“Las Asambleas Departamentales, además de sus atribuciones propias, podrán ejercer otras funciones por autorización del Congreso.”*

Después, el citado Acto Legislativo de 1910, facultó directamente a las Asambleas para fijar *“...el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos”*, facultad ratificada por la Ley 4ª de 1913. Posteriormente, el referido Acto Legislativo de 1945, reiteró tanto la autorización para que el Congreso confiriera atribuciones especiales a las Asambleas Departamentales, como la facultad conferida por el Acto Legislativo de 1910, para que éstas fijaran el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos.

De lo anteriormente expuesto y haciendo la salvedad que el término “salario” se empezó a utilizar fue a partir de la Ley 6ª de 1945, no existe duda alguna que para el año de 1959, el artículo 20 de la Ordenanza Departamental que reguló el tema salarial de los maestros públicos, fue expedida de conformidad con las reglas de competencia fijadas en los preceptos constitucionales y legales de la época, quedando dicha norma con plena validez y eficacia e incrustada en el ordenamiento jurídico colombiano.

Ahora bien, a partir del Acto Legislativo No. 1 de 1968, con las modificaciones de los artículos 76, 120 y 187 de la Constitución de 1886, se introdujo el concepto de escalas de remuneración, que debían ser establecidas por el Presidente de la República para el nivel nacional, y por las Asambleas para la Administración Departamental, dejando a los Gobernadores la función de fijar sus emolumentos.

Finalmente con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, la competencia para fijar el régimen salarial de los empleados territoriales, en términos de la Corte Constitucional², quedó de forma concurrente, así: *“Primero, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero, las asambleas departamentales y concejos municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto, los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto 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.”*

Así las cosas, como lo advirtió el Tribunal, la nueva Carta de 1991, reservó la facultad de fijar el régimen salarial de los empleados públicos en cabeza del Congreso y del Gobierno Nacional, sin perjuicio de la competencia asignada a las Asambleas departamentales y a los Concejos Municipales para determinar las escalas salariales. Esta Corporación ha sostenido³ que la facultad atribuida a las Asambleas y Concejos para fijar las escalas salariales es para determinar los grados o niveles para las distintas categorías de empleos y no para crear elementos salariales o factores salariales.

En este orden de ideas, resulta evidente que hubo un cambio de competencia para fijar el régimen salarial de los empleados territoriales a partir del año de 1968, situación que se consolidó definitivamente con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991.

La primera conclusión a la que llega la Sala es que para el año de 1995, cuando la Asamblea Departamental de Boyacá, expidió la Ordenanza No. 48, que según la parte actora derogó la Ordenanza No. 23 de 1959, sin duda,

² Sentencia C-510/99 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

³ Concepto 1518 M.P. Susana Montes de echeverri

quebrantó el nuevo orden constitucional y legal, pues al modificar el régimen salarial de los empleados departamentales, se arrogó facultades que estaban ya en cabeza del Congreso y en especial del Gobierno Nacional, siendo aplicable la excepción de inconstitucionalidad, y por ende queda la Ordenanza 23, con plena validez y eficacia.

Ahora bien, como lo advierte el recurrente por el solo hecho de entrar en vigencia la Constitución de 1991, no se puede afirmar, prima facie, que ocurrió el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente de la Ordenanza No. 23 de 1959, porque el tránsito constitucional no conlleva forzosamente la derogación de todas las normas expedidas bajo la Constitución derogada. Este aserto se esgrime con fundamento en el artículo 9º de la ley 153 de 1887, que fija el criterio hermenéutico a la entrada de una nueva Constitución:

“Artículo 9º. La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente”

“La inconstitucionalidad sobreviniente se predicará sólo respecto de leyes vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Constitución y como se ha afirmado tantas veces, produce un fenómeno jurídico asimilado parcialmente a la derogatoria.”
(Negrillas de la Sala)

De lo anterior, surge una regla para la aplicación de las normas expedidas bajo una constitución derogada, cual es realizar un juicio de dichas normas frente a la Carta Constitucional vigente, de manera que sí resulta claramente contraria a su letra o a su espíritu, según la ley, se entenderá derogada.

Sin embargo, debe atenderse también el desarrollo de la jurisprudencia constitucional⁴ sobre el tema, que advierte que cuando la nueva Constitución cambia una competencia, no se puede aducir que exista entre el contenido de la nueva disposición y las demás normas preexistentes una contradicción a la letra o al espíritu de la nueva Carta, porque las normas expedidas por una autoridad que era anteriormente competente a la luz de la anterior Constitución, conservan su vigencia hasta tanto la nueva autoridad a la

⁴ Sentencia C-014 de 1993 M.P. [Ciro Angarita Barón](#)

que le fue atribuida dicha competencia la ejerza y expida una nueva reglamentación. Estas fueron algunas razones de la Corte:

“(...) tanto la Corte Suprema de Justicia como esta Corporación han tenido ya ocasión de expresar que el análisis debe realizarse conforme al ordenamiento constitucional vigente en el momento en que fueron conferidas las facultades, tal como se desprende de los pronunciamientos expuestos sobre la materia que a continuación se transcriben:

(...) considera la Corporación que la valoración del ejercicio de una competencia, esto es, la definición acerca de si un órgano estatal obró o no de conformidad con las reglas que la fijan, debe hacerse necesariamente mediante el cotejo con los preceptos vigentes al tiempo en que se efectivizó, dado que por constituir éstos su fuente de validez son los que determinan la regularidad de su ejercicio. Mal podrían enervarse los efectos de lo que en su momento estuvo correctamente ejercido desde el punto de vista de la competencia, por el solo hecho de que en un momento ulterior se produjere un cambio normativo, pues ello equivaldría a asignarle efectos retroactivos al nuevo ordenamiento respecto de actos con cuya emisión, dentro del término y con los demás requisitos exigidos por el antiguo, ya se había consumado o agotado el ejercicio de la competencia correspondiente”

Téngase en cuenta además, que la validez formal de la expedición de un acto, en la que queda incluido el elemento de la competencia de su autor, depende, de acuerdo con criterios de aceptación general en materia de aplicación de la norma jurídica en el espacio y en el tiempo, de la ley vigente en el lugar o en el momento de su celebración, plasmadas en los conocidos aforismos ‘locus regit actum’ y ‘tempus regit actum’. En otras palabras, la nueva ley sobre competencia y forma regirá “*ex nunc*”, no “*ex tunc*”.

Así que en este preciso punto está lejos de tener cabida el fenómeno de la retroactividad de la nueva Constitución; al contrario, lo que sucede es que la de 1886 continúa proyectando efectos aún después de perder vigencia o aplicabilidad. Para el caso, los efectos de la norma de facultades se objetivan en los decretos de desarrollo, cuya supervivencia depende de aquella, entrándose de competencias y rituación”.

Por otra parte, de optarse por una solución diferente se causarían traumatismos de incalculables consecuencias a la sociedad, al sumirla en la incertidumbre sobre la vigencia de gran parte del ordenamiento jurídico por el que se venía rigiendo. Piénsese por ejemplo, en lo que implicaría para el país la posible desaparición, de un momento a otro, de casi todos los códigos, expedidos -como han sido- en desarrollo de facultades extraordinarias que hoy, según el artículo 150-10 de la Constitución que hace poco entró en vigor, no pueden emplearse para semejante propósito; o la del sistema tributario

nacional, condensado en el Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989) que igualmente es fruto de esta clase de facultades, no utilizables tampoco a partir de la Constitución de 1991, para decretar impuestos en virtud del mismo precepto superior citado"

Frente al caso concreto, no encuentra la Sala ninguna norma expedida por el Congreso Nacional o por el Gobierno respecto a los incrementos salariales por antigüedad para los empleados territoriales ni para los educadores del mismo orden, con posterioridad al Acto Legislativo No. 1 de 1968, a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y a la Ley 4ª de 1992, a diferencia de lo ocurrido con los empleados del orden nacional, pues dicho beneficio para ellos sí desapareció, de conformidad con el artículo 49 del Decreto 1042 de 1978, en concordancia con el Decreto 540 de 1977.

Frente a la Constitución de 1991, tampoco encuentra la Sala ninguna disposición que permita inferir que el pago de los incrementos por antigüedad para los empleados o docentes territoriales, quedaron excluidos o proscritos.

En resumen, fuerza concluir lo siguiente: el derecho creado por la Ordenanza No. 23 de 1959, para los docentes del Departamento de Boyacá que cuentan con 20 años de servicios, sin edad para pensionarse, aún cuenta con plena validez y eficacia, porque:

1) El autor de la Ordenanza tenía atribuciones para fijar los salarios de los empleados territoriales y por ende podía crear un elemento salarial para los docentes del mismo orden.

2) Contra la Ordenanza No. 48 de 1995, que derogó la Ordenanza No. 23 de 1959, se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad, porque la Asamblea Departamental para el año de 1995, ya no tenía competencia para modificar el régimen salarial de los empleados departamentales.

3) Las actuales disposiciones constitucionales no riñen con el reconocimiento y pago de los incrementos salariales por antigüedad para los empleados territoriales ni para los educadores del mismo orden, y

4) Porque las autoridades competentes para fijar el régimen salarial después del Acto Legislativo No. 1 de 1968, de la entrada en vigencia de la

Constitución de 1991 y de la Ley 4ª de 1992, no han reglamentado, modificado o derogado el mismo elemento salarial, reconocido por el artículo 20 de la Ordenanza Departamental de Boyacá No. 23 de 1959.

En consonancia con lo anterior, la Sala revocará la sentencia apelada, para en su lugar declarar la nulidad del acto acusado, y al mismo tiempo condenar al demandado a reconocer y pagar al señor Ricardo Nel Ayala Becerra a partir del 10 de marzo de 2001, fecha en la cual cumplió 20 años de servicios como docente, el sobresueldo del 20%, que trata el artículo 20 de la Ordenanza Departamental de Boyacá No. 23 de 1959.

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,

F A L L A

SE REVOCA la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 19 de julio de 2007, dentro del proceso instaurado por RICARDO NEL AYALA BECERRA contra el DEPARTAMENTO DE BOYACA, mediante la cual se denegó las pretensiones de la demanda.

En su lugar se dispone:

1º. Declárase la nulidad del Acto Administrativo contenido en la Comunicación DJ 0731 de 25 de abril de 2002, suscrita por el Secretario de Educación de Boyacá, por medio de la cual se le negó al señor Ricardo Nel Ayala Becerra el reconocimiento y pago del sobresueldo equivalente al 20% adicional a la asignación básica devengada mensualmente.

2º. A título de restablecimiento del derecho, se ordena al DEPARTAMENTO DE BOYACA, reconocer y pagar al señor Ricardo Nel Ayala Becerra, a partir del 10 de marzo de 2001, el incremento por antigüedad, consagrado en el artículo 20 de la Ordenanza Departamental No. 23 de 1959.

3º. Se ordena igualmente reliquidar las prestaciones sociales a que haya lugar.

4º. La suma resultante de la condena en favor del señor Ricardo Nel Ayala Becerra, se actualizará, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN JAIME MORENO GARCÍA

ALFONSO VARGAS RINCÓN