

PRIMAS DE LOCALIZACION, VIVIENDA Y SALUD – Naturaleza / SALARIO – Concepto / PRESTACIONES SOCIALES – Concepto

En cuanto al salario se ha entendido de manera general que es todo lo que se paga directamente por la retribución o contraprestación del trabajo realizado. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al precisar el concepto de salario expresó que *“(…) en términos generales, constituye salario todo lo que recibe el servidor público como retribución por sus servicios de manera habitual y periódica, sea cualquiera la denominación que se le de. Es decir, el salario es la consecuencia directa del derecho fundamental al trabajo y principio mínimo fundamental de ese derecho, al tenor del artículo 53 de la Carta, que consagra como tal, entre otros, la “remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo”.* A su vez, esta Sección en sentencia del 25 de marzo de 2004 proferida dentro del proceso referenciado con el número 1665-03, dijo que *“(…) el concepto de salario ha sido definido en la ley laboral colombiana, tradicionalmente como la retribución por el servicio prestado. Por ello, todo pago recibido del empleador que además de tener un propósito retributivo constituya un ingreso personal del funcionario y sea habitual, tiene NATURALEZA salarial.”* Las prestaciones sociales, por su parte, han sido establecidas por el Legislador para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo. Estas pueden estar representadas por dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador. En ese orden, y atendiendo los conceptos a los que se ha hecho alusión, es claro para la Sala que la naturaleza jurídica de las primas creadas a través de la Ordenanza 003, corresponde a una prestación social, y no salario como lo estableció la misma disposición en su artículo 2º, como quiera que las mismas no se pagan por la actividad desplegada por el Diputado sino que van encaminadas a cubrir sus riesgos y/o necesidades de vivienda, localización y salud, las cuales pueden verse alteradas como consecuencia de su actividad.

NORMA DEMANDADA: ORDENANZA 003 DE 10 DE MARZO DE 1998 – ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO

REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL – Empleados de las entidades territoriales / REGIMEN PRESTACIONAL – Competencia / ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO – Ordenanza 003 de 10 de marzo de 1998. Competencia / ORDENANZA 003 DE 10 DE MARZO DE 1998 – Creación primas de localización, vivienda y salud / EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD – Ordenanza 003 de 1998 creo prestaciones sociales sin competencia

La Carta actual asignó al Gobierno Nacional, bajo el parámetro de una ley marco, la potestad de “Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.”, mientras que a las Asambleas Departamentales les asignó solamente determinar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos del respectivo ente territorial. Así las cosas, y de acuerdo con toda la normatividad transcrita referente al tema, se puede colegir sin lugar a equívocos que las Asambleas Departamentales no tienen la atribución reguladoras de prestaciones sociales de sus empleados. En consecuencia, se dirá que la Asamblea Departamental de Nariño al expedir la Ordenanza 003 de 10 de marzo de 1998, excedió sus facultades creando unas

prestaciones sociales, por lo que resulta válido que aplicación del artículo 4 de la Constitución Política se inaplique por inconstitucional, porque de acuerdo con ese mandato superior. La Constitución es norma de normas y en todo caso de incompatibilidad entre ella y la Ley u otra norma jurídica, se deben aplicar las disposiciones constitucionales. El Tribunal de instancia al declarar la excepción de inconstitucionalidad, para este caso concreto, acertó en su decisión, toda vez que es flagrante la violación de los artículos 150 [19] y 313 [7] de la Constitución Política, pues como ya se dijo, la Asamblea Departamental de Nariño, a través de la Ordenanza 003 de 1998, creó sin competencia unas prestaciones sociales a favor de los Diputados.

NORMA DEMANDADA: ORDENANZA 003 DE 10 DE MARZO DE 1998 – ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil once (2011).

Radicación número: 52001-23-31-000-2003-00451-01(1016-09)

Actor: SERAFÍN ROMO BURBANO Y OTROS

Demandado: DEPARTAMENTO DE NARIÑO Y ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora, contra la sentencia del 3 de abril de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, que declaró de oficio la excepción de inconstitucionalidad de la Ordenanza 003 del 10 de marzo de 2008 y denegó las pretensiones de la demanda instaurada contra el Departamento de Nariño y su Asamblea Departamental.

ANTECEDENTES

Los señores Serafín Romo Burbano, Marco Aurelio Galíndez Narváez, Giovany Narváez López, Guillermo Zarama Santacruz, Victor Ignacio Jaramillo Casierra, Edgar Alberto Burbano Martínez, Jairo Bravo Vélez, Julio César Betancourt Martínez, Germán Chamorro De la Rosa, Gerardo Ramón De los Ríos Chavarriaga y Guillermo Hernando Romo Insuasty; todos mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitaron al Tribunal Administrativo de Nariño declarar la nulidad del Acto Administrativo de 17 de diciembre de 2002, proferido por la Asamblea Departamental que denegó el reconocimiento y pago de unas primas de localización, vivienda y salud.

A título de restablecimiento del derecho pidieron que se condenara a la entidad territorial demandada y a su Duma Departamental, a pagar dichos emolumentos de la forma establecida en el numeral segundo a décimo segundo de la demanda. Así mismo, deprecó la condena en costas y agencias en derecho, dando cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Como fundamento de sus pretensiones expusieron que fueron elegidos como Diputados a la Asamblea Departamental de Nariño para el período comprendido entre 1998 y 2000, siendo algunos reelegidos para el año lectivo 2001 a 2003.

Refirieron, que a través de la Ordenanza 003 del 10 de marzo de 1998, la Asamblea Departamental reglamentó los salarios de los Diputados, ordenando en su artículo 1°, que la asignación de estos en período de sesiones sería igual por todo concepto a lo devengado mensualmente por un parlamentario en cuanto hace referencia a su sueldo básico y gastos de representación, y en un 60% la prima de localización, vivienda y salud.

Afirmaron, que en cumplimiento de dicha disposición se les canceló el valor correspondiente a las primas de localización, vivienda y salud durante el primer semestre de 1998, sin embargo, y sin razón justificable, la Asamblea dejó de cancelarles los valores correspondientes por dichos conceptos.

Agregaron, que por la aprobación de la Ordenanza 003, se les inició una investigación penal por el presunto delito de Prevaricato por Acción, la cual fue precluida en la etapa de calificación del mérito sumarial, demostrando así que nunca incurrieron en ese punible.

Dijeron, que el 13 de marzo de 2001 y el 11 de diciembre de 2002, elevaron sendas peticiones tendientes a obtener el pago de dichas prestaciones por los periodos durante los cuales ostentaron la calidad de Diputados de la Asamblea, pero fueron denegadas por el Secretario General de la Corporación a través del acto demandado.

Como disposiciones violadas citaron los artículos 2º, 11, 13, 25, 29 y 209 de la Constitución Política; 82, 83, 84, 135, 136, 137, 138 y 139 del C.C.A; 22, 23, 24,39, 64, 65, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y la Ley 446 de 1998.

Al desarrollar el concepto de violación expusieron, que con la expedición del acto demandado se desconoció el principio de presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos, como quiera que la ordenanza que dispone el pago de las primas cuestionadas no ha sido objeto de control jurisdiccional.

Alegaron, que la actuación de la Asamblea en cuanto suspendió el pago de las referidas primas sin sustento legal alguno, vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, a la igualdad, al trabajo y al mínimo vital.

En la oportunidad procesal correspondiente, la **Asamblea Departamental de Nariño**, a través de su apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que la Ordenanza de la cual derivan los derechos reclamados no tiene fundamentos jurídicos, legales ni constitucionales que avalen su aplicación, y por ende solicitan declarar la excepción de inconstitucionalidad.

El **Departamento de Nariño**, por conducto de apoderado judicial, acompañó la excepción de inconstitucionalidad que propuso la Asamblea Departamental, citando la Sentencia del 7 de abril de 1997 del Honorable Consejo de Estado M.P. Dr. Juan de Dios Montes, que en lo pertinente dijo, que un acto administrativo puede ser inaplicable si viola el estatuto constitucional, aunque haya creado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría.

Explicó, que esa es la situación que se presenta en el caso de autos, pues la Asamblea Departamental de Nariño creó unos derechos prestacionales a través de un acto administrativo, cuando es al Gobierno Nacional quien le corresponde establecer el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la Ley 4ª de 1992.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, mediante providencia del 3 de abril de 2009, declaró la excepción de inconstitucionalidad de la Ordenanza No. 003 del 10 de marzo de 1998 y denegó las súplicas de la demanda.

Indicó, que de acuerdo a lo establecido en los artículos 114 y 150 de la Constitución Política, le corresponde al Congreso de la República determinar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, al igual que las prestaciones mínimas de los trabajadores oficiales; funciones que no aceptan ningún tipo de delegación a los entes territoriales. De igual manera señaló, que del artículo 300 ibídem no se colige que entre las funciones de las Asambleas Departamentales se encuentren las de fijar el régimen salarial y prestacional de los diputados.

Argumentó, que de conformidad con el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, es al Gobierno Nacional a quien le compete implementar el régimen prestacional de los servidores públicos de las corporaciones públicas territoriales.

Por lo anterior, y con sustento adicional en el artículo 5º del Decreto 1919 de 2002, en concordancia con el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992, que consagran que todo régimen de prestaciones que se encuentre en contrariedad con dichas normas carece de efectos y no genera derechos adquiridos; consideró que la Asamblea Departamental no es competente para expedir normas tendientes a reglamentar prestaciones algunas de sus miembros, por lo que la norma ordenanzal que creó aquellos derechos resultaba inconstitucional, procediendo a su inaplicación.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante, inconforme con la decisión de primera instancia la apela, insistiendo, en síntesis, en que la Ordenanza No. 003 del 10 de marzo de 1998, no puede inaplicarse, porque goza de la presunción de legalidad y validez, toda vez que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa no ha declarado su nulidad.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado al emitir su concepto solicitó que la sentencia objeto de apelación sea confirmada.

Dice, que de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de 1991, la competencia para fijar el régimen salarial de los empleados del sector territorial es concurrente entre el Legislador, a través de Leyes Marco, el Ejecutivo y las autoridades locales.

Bajo ese supuesto, señala que la Asamblea era incompetente para reglamentar el salario de los Diputados de la Asamblea Departamental de Nariño, pues no tenía facultades ni legales, ni constitucionales para ello, razón suficiente para declarar de oficio la excepción de inconstitucionalidad de la Ordenanza 03 del 10 de marzo de 1998.

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

CONSIDERACIONES

Se trata de determinar la legalidad del Acto Administrativo de 17 de diciembre de 2002, proferido por la Asamblea Departamental que negó a los actores el reconocimiento y pago de las primas de localización, vivienda y salud, contenidas en la Ordenanza 003 de 1998.

El Tribunal de instancia denegó las pretensiones de la demanda, por cuanto esa Ordenanza quebranta ostensiblemente la Constitución y la Ley, toda vez que las Asambleas Departamentales nunca han tenido competencia para regular las prestaciones sociales de los servidores públicos.

El argumento del apelante único, es que la Ordenanza 003 de 1998, es legal, en tanto goza de presunción de legalidad, habida cuenta que no ha sido suspendida ni anulada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Así las cosas, la Sala debe primero verificar si efectivamente la Asamblea Departamental de Nariño no tenía competencia para determinar las primas de localización, vivienda y salud mediante la Ordenanza No. 003 de 10 de marzo de 1998, para luego, si es del caso, entrar a dilucidar lo referente a la excepción de inconstitucionalidad planteada por el extremo pasivo del proceso.

Para mayor claridad, la Sala transcribe el contenido de la citada Ordenanza, en lo que tiene que ver con los derechos reclamados:

*"ORDENANZA NUMERO 003 DE 1998
(Marzo 10)*

*Por la cual se reglamenta el salario de los Diputados de la Asamblea
Departamental de Nariño.*

*LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO
Ordena:*

ARTÍCULO PRIMERO: La asignación salarial mensual de los Honorables Diputados de la Asamblea Departamental de Nariño en periodo de sesiones será igual por todo concepto a lo devengado mensualmente por un parlamentario, en cuanto hace referencia a sueldo básico y gastos de representación, y en un sesenta por ciento (60%) la prima de localización, vivienda y salud.

ARTÍCULO SEGUNDO. El total de lo devengado, mensualmente acorde con el Artículo anterior constituye salario para todos los efectos prestacionales.

ARTÍCULO TERCERO. Los conceptos salariales establecidos en esta Ordenanza serán reajustados conforme al incremento que para los Congresistas se establezca con el Artículo 187 de la Constitución Política.

ARTÍCULO CUARTO. Autorízase al Gobernador para efectuar los traslados, adiciones y ajustes presupuestales que sean necesarios para el cumplimiento de la presente Ordenanza.

ARTÍCULO QUINTO. La presente Ordenanza tiene efectos fiscales a partir del primero de enero de 1998 y rige a partir de su publicación.

(...)

Atendiendo lo anterior, es menester aclarar la naturaleza jurídica que ostentan las primas cuestionadas, esto es, si son derechos salariales o prestacionales, lo cual se torna relevante debido a que 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.

En cuanto al salario se ha entendido de manera general que es todo lo que se paga directamente por la retribución o contraprestación del trabajo realizado. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al precisar el concepto de salario expresó que “(...) en términos generales, constituye salario todo lo que recibe el servidor público como retribución por sus servicios de manera habitual y periódica, sea cualquiera la denominación que se le de. Es decir, el salario es la consecuencia directa del derecho fundamental al trabajo y principio mínimo fundamental de ese derecho, al tenor del artículo 53 de la Carta, que consagra como tal, entre otros, la “remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo”¹

¹ Consulta No. 1760 del 10 de agosto de 2006. MP. Luis Fernando Álvarez Jaramillo

A su vez, esta Sección en sentencia del 25 de marzo de 2004 proferida dentro del proceso referenciado con el número 1665-03, dijo que “(...) *el concepto de salario ha sido definido en la ley laboral colombiana, tradicionalmente como la retribución por el servicio prestado. Por ello, todo pago recibido del empleador que además de tener un propósito retributivo constituya un ingreso personal del funcionario y sea habitual, tiene NATURALEZA salarial.*”

Las prestaciones sociales, por su parte, han sido establecidas por el Legislador para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo. Estas pueden estar representadas por dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador.

La Corte Suprema de Justicia las ha definido como aquello que debe el patrono al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, por haberse pactado en convenciones colectivas, en pactos colectivos, en el contrato de trabajo, establecida en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono; para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma.²

Las anteriores definiciones dejan claro que tanto las prestaciones sociales como el salario emergen indudablemente de los servicios subordinados que se prestan al empleador. En otras palabras, unos y otros se derivan igualmente de la relación de trabajo; no obstante, devenir de una misma fuente, las dos tienen características que las diferencian, como que la prestación social no retribuye propiamente la actividad desplegada por el trabajador sino que cubre los riesgos, infortunios o necesidades a que se puede ver enfrentado.

También distan en que 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, contrario sensu, el salario

² Ver entre otras las sentencias 8347 del 30 de mayo de 1996, 30745 del 19 de agosto de 2009, 36108 del 25 de junio de 2009.

sí se constituye frente a casos particulares y concretos, atendiendo un factor objetivo y otro subjetivo.

Cuando se habla del factor objetivo se hace referencia a que el salario se instituye dependiendo de criterios de responsabilidad y/o complejidad del cargo o empleo, y subjetivo cuando para establecerlo se atienden circunstancias tales como la capacidad, nivel académico o experiencia del empleado.

En ese orden, y atendiendo los conceptos a los que se ha hecho alusión, es claro para la Sala que la naturaleza jurídica de las primas creadas a través de la Ordenanza 003, corresponde a una prestación social, y no salario como lo estableció la misma disposición en su artículo 2º, como quiera que las mismas no se pagan por la actividad desplegada por el Diputado sino que van encaminadas a cubrir sus riesgos y/o necesidades de vivienda, localización y salud, las cuales pueden verse alteradas como consecuencia de su actividad.

Es que dichas primas corresponden en esencia, a situaciones protegidas o privilegiadas a través de las prestaciones sociales a cargo del sistema de seguridad social denominadas como "*Asignaciones Familiares*", que constituyen la rama de seguridad social más reciente, puesto que en este campo se dan ideas novedosas e iniciativas originales para que todo el núcleo familiar del titular de la prestación pueda soportar la presión social a la que se puede ver sometido. Algunos reciben subsidio de vivienda, como en este caso, otros por el cuidado de los hijos y también se registra una gran variedad de criterios en el tema de asignación en especie³.

Una vez definido como está, que los derechos laborales consagrados en el artículo 1º de la Ordenanza 003 de 1998, son de carácter prestacional, corresponde ahora a la Sala examinar la competencia para fijar ese régimen para los empleados públicos del orden territorial.

³ Tomado de la Segunda Edición del Libro "*El derecho Colombiano de la Seguridad Social*" del jurista Gerardo Arenas Monsalve.

La Constitución actual determinó en su artículo 150 que es competencia del Congreso de la República hacer las leyes y por medio de ellas ejercer, entre otras, la siguiente función:

“ (...)

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.*

f). *Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.”*

Y al asignarle las competencias a las Asambleas Departamentales dijo:

Artículo 313. (...)

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...”*

Como se puede ver, la Carta actual asignó al Gobierno Nacional, bajo el parámetro de una ley marco, la potestad de *“Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.”*, mientras que a las Asambleas Departamentales les asignó solamente **determinar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos del respectivo ente territorial.**

Así las cosas, y de acuerdo con toda la normativa transcrita referente al tema, se puede colegir sin lugar a equívocos que las Asambleas Departamentales no tienen atribuciones reguladoras de prestaciones sociales de sus empleados.

De igual manera, la Ley marco de 1992, consagró en su artículo 12 que el régimen prestacional de los servidores de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en dicha ley. Bajo este entendido, no podrán las Corporaciones Públicas arrogarse tal facultad. Entonces, conforme a la Ley 4ª de 1992 que desarrolló el mandato del artículo 150-19-e de la C. P., el Gobierno Nacional

quedó habilitado para fijar, mediante decreto, **EL RÉGIMEN PRESTACIONAL, entre otros, de los empleados de las entidades territoriales**; a contrario sensu, en ningún momento a las Corporaciones Administrativas territoriales se le asignó la facultad para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores de dicho orden.

En consecuencia, se dirá que la Asamblea Departamental de Nariño al expedir la Ordenanza 003 de 10 de marzo de 1998, excedió sus facultades creando unas prestaciones sociales, por lo que resulta válido que en aplicación del artículo 4 de la Constitución Política se inaplique por inconstitucional, porque de acuerdo con ese mandato superior, la Constitución es norma de normas y en todo caso de incompatibilidad entre ella y la Ley u **otra norma jurídica**, se deben aplicar las disposiciones constitucionales.

El Tribunal de instancia al declarar la excepción de inconstitucionalidad, para este caso concreto, acertó en su decisión, toda vez que es flagrante la violación de los artículos 150 [19] y 313 [7] de la Constitución Política, pues como ya se dijo, la Asamblea Departamental de Nariño, a través de la Ordenanza 003 de 1998, creó **sin competencia** unas prestaciones sociales a favor de los Diputados.

Sin necesidad de más consideraciones, la Sala procederá a confirmar en su totalidad la sentencia apelada, que denegó las pretensiones de la demanda, aplicando la referida excepción de inconstitucionalidad.

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

CONFÍRMASE la sentencia de 3 de abril de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, dentro del proceso promovido por Serafín Romo Burbano y otros contra el Departamento de Nariño y la Asamblea Departamental del mismo ente territorial.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Rad. No.: 05001 23 31 000 2005 07607 01

Actor: Serafín Romo Burbano y otros