

**SOBRESUELDO - Ordenanza 13 de 1947 / REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL - Competencia / COMPETENCIA PARA FIJAR SALARIO - El Congreso o el legislador extraordinario / SALARIOS Y PRESTACIONES ORDENADO POR INSTRUMENTOS DE CARACTER TERRITORIAL - Beneficiarios**

A partir de la Reforma de 1968, es evidente que para la fijación de salarios y prestaciones de los empleados públicos, hubo una reforma sustancial, de manera que, las competencias de los órganos de dirección de los entes territoriales se le limitó esta potestad a determinar "las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleo." En criterio de la Sala, la competencia del ente territorial no iba más allá de simplemente fijar las escalas salariales y esto no incluía la potestad de crear factores o elementos constitutivos del salario, pues esta función estaba reservada al legislador. Lo antes dicho, además, porque con la reforma constitucional aludida, el Constituyente quiso limitar la potestad de los entes territoriales para buscar cada vez más la realización de uno de los pilares fundamentales del derecho laboral que consistía en que, a trabajo igual salario igual, preceptiva que empezó a tener fuerza constitucional a partir de esa reforma del Estado de 1968, de manera que, en todo el sector público, se equiparan los elementos o factores destinados a remunerar al trabajador. En suma, quienes se beneficiaban de factores o elementos salariales ordenados por instrumentos de carácter territorial o inclusive, quienes alcancen a devengarlos por el hecho de que el legislador no hubiese regulado el tema, tienen derecho a conservarlos, pero, quienes se vinculen bajo el nuevo régimen, se someten a las nuevas condiciones salariales y prestacionales que regule el competente. En nuestro caso, si un empleado estaba vinculado antes de la reforma Constitucional de 1968, a él se le continúa aplicando el régimen que venía gozando o el nuevo si le es igual o más favorable, y no puede haber, en ningún caso, una desmejora salarial. En cambio, el nuevo empleado, entendido como vinculado después del año 1968, se somete a las regulaciones que señale el competente para fijar salarios o los factores que lo conforman, que en este caso es el previsto por el legislador.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA DE 1886 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 / ACTO LEGISLATIVO 100 DE 1968

**SOBRESUELDO - Ordenanza 13 de 1947 / ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE CUNDINAMARCA - Crea mediante ordenanza un sobresueldo del 20 por ciento del salario devengado / SOBRESUELDO - Fijado en la ordenanza 13 de 1947, no beneficia a los empleados vinculados después de 1968 / SOBRESUELDO - Derogatoria tacita**

Es evidente que, al proferirse esta Ordenanza y al regular lo relacionado con sueldos, era vigente y aplicable y, como tal, los derechos adquiridos bajo su imperio, deben respetarse conforme a los postulados del derecho laboral entonces vigente y a lo previsto en el artículo 48 de nuestra actual Carta Política. Sin embargo, en criterio de la Sala, como ya se indicó arriba, esta clase de normas sufrieron una derogatoria tácita, porque el legislador reguló de manera completa los salarios y prestaciones de los empleados del sector salud, y en especial al fijar los salarios. Es decir que la remuneración salarial estaba en proceso de ser unificada, bajo la escala salarial fijada para el orden nacional, por ello, resulta improcedente reconocer emolumentos previstos en la Ordenanza a los empleados que prestan sus servicios en ese ente territorial, máxime cuando se vincularon después de 1968. Para que exista derogatoria de las normas creadas por un nuevo competente no es necesario derogar expresamente actos administrativos que en materia salarial hubieran proferido, en nuestro caso, la

Asamblea Departamental, sino con el mero ejercicio de sus competencias regulatorias deja por fuera cualquier disposición que le sea contraria, de manera que el sobresueldo previsto en la Ordenanza 013 de 1947 tuvo una derogatoria tácita con la expedición de la norma que fijó el cuanto salarial de cada empleo, proferido por el Gobierno Nacional en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992 y en concordancia con lo dispuesto por la Ley 60 de 1993 y en especial por el Decreto 439 de 1995.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION SEGUNDA**

#### **SUBSECCION "B"**

**Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil once (2011).

**Radicación número: 25000-23-25-000-2004-08852-01(1313-08)**

**Actor: MANUEL ISIDRO SANCHEZ GUERRERO**

**Demandado: HOSPITAL SAN RAFAEL DE PACHO - CUNDINAMARCA**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 21 de febrero de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que negó las pretensiones de la demanda formulada por el señor Manuel Isidro Sánchez Guerrero contra el Hospital San Rafael del Municipio de Pacho (Cundinamarca).

#### **LA DEMANDA**

**MANUEL ISIDRO SÁNCHEZ GUERRERO**, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó declarar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la nulidad de:

- El acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo por la falta de contestación por parte de la entidad demandada a la petición presentada por el actor el 16 de junio de 2004.
- La inaplicabilidad de las Circulares 032 y 056 de noviembre de 2002 mediante las cuales el Secretario de Salud Departamental orienta para

que se dejen de cancelar las sumas reclamadas por los derechos vulnerados.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó:

- Ordenar pagarle los salarios, prestaciones e incrementos desde el 1º de septiembre de 2002 hasta la fecha en que se haya restablecido el derecho reclamado.
- Vincular al Departamento de Cundinamarca para que solidariamente, responda por el pago de la condena señalada en razón a la responsabilidad directa que tiene en la expedición de los actos administrativos cuyos efectos jurídicos ocasionaron la cesación del pago de los derechos reclamados.
- Que las sumas que resulten condenadas sean debidamente indexadas tal como lo dispone el artículo 178 del C.C.A al igual que los intereses moratorios que ordena el artículo 177 del C.C.A.

Las pretensiones tienen apoyo en los hechos que enseguida se compendian:

El actor labora para el Hospital San Rafael del Municipio de Pacho (Cundinamarca) en el cargo de Almacenista Auxiliar, entidad descentralizado adscrita a la Dirección Departamental de Seguridad Social en Salud.

La Secretaria de Salud de Cundinamarca con fundamento en el Decreto 1919 de 2002, expidió las Circulares Nos. 0032 y 0056 de 28 y 29 de noviembre de 2002 donde orientaba a los organismos que integran la red de salud Departamental sobre el cese de los pagos laborales que se venían cancelando periódicamente, tales como sobresueldo, prima de antigüedad, auxilio de alimentación y transporte, vacaciones y prima de vacaciones, prima anual de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, bienestar social, cesantías y dotaciones, pues no tenían un origen legal conforme lo señalaba el Decreto 1919 ibídem.

El Decreto 1919 de 2002, no prescribe sobre salarios, es decir, no extingue, no crea, no modifica, no disminuye ni incrementa salarios; es más, en su artículo 2

da y exige un tratamiento diferente para los empleados de la salud del nivel territorial.

El demandante se unió a una petición inicial presentada el día 16 de diciembre de 2003 por algunos empleados del Hospital San Rafael; también formuló solicitudes los días 13 de enero y 16 de junio de 2004 solicitando cancelación de los emolumentos retenidos o en los cuales se produjo cesación de pago; la presunción de legalidad de los actos que los otorgaron; la inaplicación del Decreto 1919 de 2002 a los salarios; la protección especial que este Decreto otorgaba a los funcionarios de la salud y, la extralimitación de las funciones de los organismos demandados.

El Hospital San Rafael y la Secretaria de Salud de Cundinamarca no respondieron la petición presentada el día 16 de junio de 2004, operando el silencio administrativo negativo.

Los actos administrativos creadores de los derechos reclamados fueron expedidos por autoridades legalmente constituidas, facultadas por la Constitución y la ley y por lo tanto eran de obligatorio cumplimiento. Estos actos eran:

- Las Ordenanzas 013 de 1947 que creó un sobresueldo hasta del 20% a quienes cumplieran 20 años de servicios con el Departamento y 2ª de 1956.
- Los Decretos 1231 y 3179 de 1975, 3627 de 1976, 3310 de 1978, 3993 de 1982, 2682 de 1983, 2004 de 2001, 1728 de 2001.
- Las Resoluciones Nos. 4153 de 1994, 1501 y 1502 de 1983, 3150 de 1986, 4253 de 1994, 1264 de 1984, 4344 de 1993, 3029 de 1995, 3338 de 1988, 3521 de 1988, 2000 de 1996, 1584 de 1997, 1842 de 1998.
- Acuerdos Laborales 09 de 1990 (prima de antigüedad); 003 de 1994 (auxilios de alimentación y transporte).
- Circular 016 de 2002.

*“El Secretario Jurídico del Despacho del Gobernador de Cundinamarca el día 24 de junio de 2003, consideró que se deberían reconsiderar las recomendaciones y que se revocaran.” (sic)*

En noviembre del mismo año, se solicitó al Gobernador y al Secretario de Salud de Cundinamarca, conservar las sumas pretendidas por los reclamantes como pasivos exigibles, mientras se resolvían sus reclamaciones.

### **LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Como normas violadas el demandante cita las siguientes:

La Constitución Nacional, en los artículos 2º, 6º, 25, 29, 53, 58, 238.

La Ley 10ª de 1990, en los artículos 17 y 30.

La Ley 100 de 1993, en el artículo 195.

El Código Contencioso Administrativo, en los artículos 28, 62, 64, 66, 69, 73, 152 subrogado por el Decreto 2304, artículo 31.

Decretos Leyes 056 de 1975, 654 de 1974, 350, 356, 526, 670 y 694 de 1975; 1919 de 2002.

Las Ordenanzas N° 013 de 1947 y 2ª de 1956.

Los Decretos Departamentales 1231 y 3179 de 1975, 3627 de 1976, 3310 de 1978, 3993 de 1982, 2682 de 1983, 2004 de 2001, 1728 de 2001.

Las Resoluciones Nos. 4153 de 1994, 1501 y 1502 de 1983, 3150 de 1986, 4253 de 1994, 1264 de 1984, 4344 de 1993, 3029 de 1995, 3338 de 1988, 3521 de 1988, 2000 de 1996, 1584 de 1997, 1842 de 1998.

Acuerdos Laborales 09 de 1990 y 003 de 1994.

Circular 016 de 2002.

Sustenta su concepto de violación en los siguientes argumentos:

Hubo violación del Decreto 1919 de 2002 y de la Ley 10 de 1990 ya que la primera norma citada, en su artículo 2, ordena que sean respetados los derechos salariales y prestacionales que antes de su expedición tenían los empleados de la salud del nivel territorial, con el único propósito de dejar incólumes sus derechos.

Se violan artículos constitucionales que contemplan la garantía de los derechos adquiridos pues la administración ordenó cesar los pagos que habían sido reconocidos por las leyes vigentes.

Según el ordenamiento jurídico, se admite como principio general la revocabilidad de los actos administrativos conforme al artículo 69 del C.C.A. Empero, existe una restricción para aquellos actos que hayan generado derechos a favor de los individuos fundamentada en el artículo 73 del C.C.A. que impone al operador jurídico la obligación de solicitar al interesado su consentimiento expreso y escrito, como requisito previo, para revocar estos actos administrativos.

Para que la administración pueda despojar a los administrados válidamente de los derechos que ella misma le hubiere reconocido en el pasado, debe existir ilicitud o fraudulencia en los actos que dieron origen a tales derechos y también debe dársele un traslado al interesado para que exprese sus opiniones. En este proceso, ninguna de las dos circunstancias se dieron, el actor no obtuvo sus derechos al amparo del fraude, ni recibió comunicación alguna donde se le indicara que sus derechos iban a ser arrebatados.

Cuando de una actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que puedan ser afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma (artículo 28 del C.C.A.); al actor, que era titular de un conjunto de derechos laborales, tras la actuación equivocada de la administración en la interpretación del Decreto 1919 de 2002 lo dejó sin estos derechos, sin previo aviso ni comunicación alguna.

Consideró que todos los decretos, ordenanzas y resoluciones, gozaban de presunción de legalidad, puesto que no habían sido anulados ni suspendidos ni perdido su fuerza ejecutoria y que, además, dejaron a salvo los derechos laborales del actor por vía de consagrar la continuidad de su régimen laboral específico.

Citó sentencias del Consejo de Estado de 16 de julio de 2002, M.P. Dra. Margarita Olaya Forero y C-835 de 2003 de la Corte Constitucional que coinciden en afirmar que se requiere ilicitud y fraudulencia para que la Administración pueda válidamente, despojar a los administrados de derechos que ante ella misma, les había reconocido.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La ESE Hospital San Rafael de Pacho (Cundinamarca), se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos (fls. 59-74):

En lo atinente al régimen prestacional de los servidores públicos, en todos sus órdenes, se tiene que a partir del Acto Legislativo 01 de 1968 que reformó la Constitución Nacional de 1886, el legislador se reservó la competencia en esta materia. Por lo tanto, las prestaciones sociales de los entes territoriales, son las contenidas en leyes expedidas por el Congreso de la República; aquellas que no provengan de una de estas fuentes formales del derecho, son inconstitucionales debiéndose inaplicar invocando la excepción de inconstitucionalidad, señalada en el artículo 215 de la Constitución Política de 1886 y en el artículo 4 de la Constitución Política de 1991.

No pueden considerarse como derechos adquiridos las prestaciones que fueron reconocidas por un órgano que no tenía la competencia para hacerlo.

Los actos administrativos y acuerdos laborales, creadores de las prestaciones sociales y salariales extralegales, violan el principio constitucional a la igualdad,

pues favorecen a un grupo de empleados públicos al servicio de la Secretaría de Salud de Cundinamarca, frente a los demás empleados públicos del orden nacional, es decir que con el otorgamiento de dichos beneficios que desbordan el marco de la Constitución y la ley, se violó el principio rector universal de la igualdad.

La fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de cualquier orden, es competencia del Gobierno Nacional tal como lo ordena la Constitución de 1991 y la Ley 4ª de 1992. Ni en la Constitución de 1886 ni en la actual se facultó a las Asambleas Departamentales o a los Secretarios de Despachos para crear prestaciones sociales a favor de los empleados de los entes territoriales.

Propuso las excepciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los actos administrativos base de las pretensiones por ser contrarios a la Constitución y la Ley; falta de poder suficiente para demandar las Circulares 032 y 056 de noviembre de 2002 y, falta de procedibilidad de la acción por no agotamiento de la vía gubernativa, pues el acto objeto de la litis no está resolviendo ningún recurso para agotar esta vía respecto de la negativa a la petición del actor presentada el *"20 de mayo de 2004"* (sic).

El Departamento de Cundinamarca, a través de apoderada, se opuso a todas las pretensiones de la demanda: (Fls. 97-114).

Presentó los mismos argumentos de la Secretaría de Salud, e indicó, además, que se debía tener en cuenta el Concepto proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, de 13 de diciembre de 2004, Radicado No. 1518, Ref: Escalas de Remuneración, Actor: Director del Departamento Administrativo de la Función Pública de donde concluyó que la potestad dada a los entes territoriales para establecer las escalas de remuneración de las diferentes categorías de empleos, no comprendía la atribución de establecer factores salariales. Sobre este tema, la Corte Constitucional se refirió en sentencia C-510 de 1999.

El Departamento de Cundinamarca, propuso excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva por considerar que el llamado a ser demandado era el Hospital San Rafael, del Municipio de Pacho (Cundinamarca), entidad adscrita al



Servicio Seccional de Cundinamarca, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa; e, inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los actos administrativos base de las pretensiones por ser contrarios a la Constitución y la Ley.

### **LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, declaró no probadas las excepciones propuestas y negó las pretensiones de la demanda, teniendo como fundamento los siguientes planteamientos (fl. 197-205):

Indicó que el sustento de los factores solicitados eran normas de orden Departamental, es decir, que si bien existen factores del mismo nombre de orden legal, no se habían solicitado.

Aún en vigencia de la Constitución de 1886, se señaló que la competencia para determinar el régimen prestacional de los servidores públicos estaba en cabeza del Congreso Nacional, de manera que las autoridades territoriales no podían ejercer dicha facultad y menos aún, continuar aplicando dichas normas.

Igual situación se presentó con la expedición de la Constitución de 1991, donde se consagró que era el Congreso de la República quien debía dictar los objetivos y criterios que observaría el Gobierno Nacional, para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos. Cualquier disposición expedida por las autoridades territoriales en este sentido, se inaplicaría, de oficio, por ser normas inferiores contrarias a la Constitución.

Si bien pueden existir disposiciones territoriales que modifiquen el régimen prestacional de los empleados, estas normas no son válidas, correspondiendo a la administración, de oficio, inaplicarlas pues, están incursas en varias causales de ilegalidad, como era la falta de competencia, vicio que anula toda la actuación, y si la actuación es ilegal, son también ilegales sus efectos.

Concluyó que los actos acusados se encontraban ajustados a las normas Constitucionales y legales sobre la materia pues dejaron de aplicar disposiciones

territoriales, sin que con ello se haya afectado de manera ilegal, derechos de los empleados públicos al servicio del Departamento.

### **EL RECURSO DE APELACIÓN**

El actor, por medio de apoderado, presentó recurso de apelación contra la anterior sentencia, con base en los siguientes argumentos (fls. 207-214):

Consideró que el *a quo* y la entidad demandada ignoraron e interpretaron erróneamente las normas, pues el Decreto 1919 de 2002 regulaba sólo prestaciones sociales y no factores salariales que era lo solicitado por él. Siendo así, cómo se pueden afectar los factores reclamados fundamentándose en las disposiciones contenidas en el mencionado Decreto, cuando regula aspectos jurídicos diferentes a los que se reclaman.

El Consejo de Estado ha sostenido que los aspectos formales deben fallarse a la luz de las normas vigentes en el momento en que se expidió la disposición habilitante, entonces, si la Constitución de 1886 facultaba a los entes territoriales para crear emolumentos salariales, estos son válidos y por lo tanto se deben pagar. En otras palabras, el quinquenio y la prima de antigüedad, entre otros factores salariales reclamados, se crearon observando la normatividad aplicable para esa época, no habiendo razón alguna para dejarlos de pagar por parte de la entidad demandada.

El Tribunal, para negar las pretensiones de la demanda, se apoyó en el artículo 1 del Decreto 1919 de 2002 que era de aplicación general para todos los empleados públicos y dejó de aplicar el artículo 2º del mismo decreto que era de aplicación excepcional para los empleados de la salud y que además, salvaguardaba los intereses y derechos de los funcionarios de la salud.

Tampoco tuvo en cuenta que el Decreto 1045 de 1978 legalizó las prestaciones reconocidas con anterioridad a ese decreto y que la Ley 10 de 1990, junto con su reglamentario 1399 del mismo año, respetaron los derechos salariales y prestacionales de los servidores de la salud del nivel territorial sin poner condición alguna lo que hace que con su proceder, el *a quo*, desconozca un mandato de Ley.

Si en gracia de discusión se aceptara que la administración no estaba facultada para establecer los salarios, estos se presumían legales hasta que un Juez lo decretara; obrar de otra manera es aceptar que cualquier funcionario público por vía de hecho pueda suspender derechos y dejar sin efectos actos administrativos hasta que un Juez le legalice su actuación.

Reiteró que la Constitución de 1886 permitía a la administración establecer escalas salariales y que fue bajo ese mandato Constitucional que se habían otorgado dichos derechos; más tarde, a través del Decreto 1045 de 1978 y el artículo 17 de la Ley 10 de 1992 convalidó estas prestaciones al prohibir su disminución salarial; y por último, el artículo 195-5 de la Ley 100 de 1993 reprodujo dicha prohibición.

De acuerdo a lo dicho, los actos administrativos originarios en la controversia, quedaron subsumidos en las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993; siendo así, la excepción de inconstitucionalidad alegada estaría dirigida a dichas leyes y como lo que se discute es un vicio de incompetencia, el argumento se desvanece, pues estas normas fueron expedidas por el Congreso de la República.

Mediante sentencia C-835 de 2003, la Corte Constitucional señaló que la carga de la prueba, en casos como éste, se invertía, debiendo respetar la entidad demandada los derechos laborales de sus empleados, mientras la jurisdicción contenciosa administrativa se pronunciaba sobre las demandas instauradas en contra de los actos administrativos que reconocían los emolumentos salariales reclamados.

Concluyó que el Acuerdo 44 de 1961 y los Acuerdos posteriores le dieron el carácter de salario al quinquenio reclamado y no como lo expresó el *a quo*.

## **CONSIDERACIONES**

### **Problema Jurídico**

El problema jurídico por resolver, consiste en establecer si al actor le asiste el derecho para recibir el beneficio salarial contemplado en la Ordenanza N° 013 de

1947, el cual contempla un incremento salarial del 20% para los empleados departamentales por haber laborado al servicio del Departamento de Cundinamarca durante 20 años, igualmente, se deberá establecer la vigencia y aplicabilidad de otros factores salariales y prestaciones sociales reclamadas con apoyo en normas territoriales.

### **Hechos probados**

Mediante la Ordenanza N° 013 de 1947 se consagró un beneficio para los empleados departamentales de Cundinamarca, consistente en incrementar el monto salarial en un 20% por haber prestado durante 20 años o más sus servicios al departamento.

El actor fue nombrado por Resolución No. 241 de 6 de agosto de 1980 en el Hospital San Rafael del Municipio de Pacho (Cundinamarca) en el cargo de Almacenista Auxiliar (fl. 26).

Copia de las Circulares Nos. 0032 y 0056 de 28 y 29 de noviembre de 2002, obran de folios 17 a 19 donde se orientaba a los organismos que integran la red de salud Departamental sobre el cese de los pagos laborales que se venían cancelando periódicamente, tales como sobresueldo, prima de antigüedad, auxilio de alimentación y transporte, vacaciones y prima de vacaciones, prima anual de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, bienestar social, cesantías y dotaciones, pues no tenían un origen legal conforme lo señalaba el Decreto 1919 de 2002.

Copia del Decreto Departamental 1728 de 10 de octubre de 2001, obra a folio 129 donde se establecen los límites salariales y prestacionales de los servidores públicos del Departamento.

En el cuaderno 2 del expediente, obran decretos y resoluciones que dieron origen a los derechos reclamados.

### **Excepciones**

Las entidades demandadas propusieron las excepciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los actos administrativos base de las pretensiones por ser contrarios a la Constitución y la Ley, las cuales se desestiman por corresponder a aspectos de fondo que se dilucidarán más adelante.

El Departamento de Cundinamarca, propuso excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva por considerar que el llamado a ser demandado era el Hospital San Rafael, del Municipio de Pacho (Cundinamarca), entidad adscrita al Servicio Seccional de Cundinamarca, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, esta excepción también se desestima pues en caso de que salgan avantes las pretensiones, la Sala precisará cuál es el ente que debe responder por la condena.

La ESE Hospital San Rafael de Pacho (Cundinamarca) propuso las excepciones de falta de poder suficiente para demandar las Circulares 032 y 056 de noviembre de 2002; y ausencia del requisito de procedibilidad de la acción, por no agotamiento de la vía gubernativa, pues el acto objeto de la litis no está resolviendo ningún recurso para agotar esta vía respecto de la negativa a la petición del actor, presentada el *"20 de mayo de 2004"* (sic).

La Sala declarará no probadas las excepciones propuestas en el primer caso porque en el proceso no se acusaron las circulares 032 y 0560020, sino que, simplemente, se está pidiendo su inaplicación por inconstitucionalidad, para lo que no requiere de poder general o especial; y, con respecto a la segunda excepción encuentra, conforme al artículo 135 del C.C.A., la primera petición también agota la vía gubernativa y posibilita acudir a esta jurisdicción.

En consecuencia, se declararán no probadas las excepciones propuestas.

### **Análisis del asunto**

La Sala, como ya se anunció, resolverá el problema jurídico planteado, bajo el siguiente orden: 1) Competencia para fijar salarios y prestaciones en vigencia de la Constitución Política de 1886 y sus diferentes reformas.; 2) Competencia para fijar salarios y prestaciones en vigencia de la Constitución Política de 1991; 3)

Análisis deductivo de la aplicación de las normas relacionadas con la competencia para fijar salarios y prestaciones; 4) De la expedición y vigencia del Decreto 1919 de 2002 y 5) Solución al caso concreto.

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

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

Posteriormente, el Acto Legislativo No. 3 de 1910, facultó a las Asambleas para fijar *“...el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos”*, facultad ratificada por la Ley 4ª de 1913<sup>1</sup>.

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

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

---

<sup>1</sup> Artículo 97 ordinal 25. Fijar los sueldos de los empleados del departamento que sean de cargo del Tesoro Departamental”.

Con posterioridad, se expidió el Acto Legislativo No. 1 de 1968, que modificó, entre otros, los artículos 76<sup>2</sup>, 120<sup>3</sup> y 187<sup>4</sup> de la Constitución de 1886, introduciendo dos nuevos conceptos: el de escalas de remuneración y el de emolumentos, el primero, debía ser establecido por el Congreso a nivel nacional, por las Asambleas a nivel Departamental y por los Concejos en el orden local; mientras que el segundo, le correspondía al Presidente de la República y al Gobernador, respectivamente.

Por su parte, en dicha reforma se estableció que el régimen prestacional de los empleados del orden nacional, era de competencia única y exclusiva del Congreso (ordinal 9 del artículo 76).

Obsérvese cómo, desde la reforma constitucional de 1968, se empezaba a orientar una competencia no solo individual y excluyente, sino compartida y concurrente en materia salarial<sup>5</sup> pues, tanto el Presidente de la República como los Gobernadores, podían fijar los emolumentos de los empleados de sus dependencias, siempre con sujeción a las leyes o normas expedidas por el Congreso y las Asambleas. Veamos las disposiciones que así lo indicaban:

“Artículo 11 del Acto Legislativo No. 1 del 12 de diciembre de 1968.

El artículo 76 de la Constitución Nacional quedará así:

Corresponde al Congreso hacer las Leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

(...)

9. Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos, y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración

---

<sup>2</sup> Modificado por el Artículo 11, que establece las competencias del Congreso.

<sup>3</sup> Modificado por el Artículo 41, que fija las competencias del Presidente.

<sup>4</sup> Modificado por el Artículo 57, que consagra las competencias de las Asambleas Departamentales.

<sup>5</sup> Teniendo en cuenta que el régimen prestacional, como se dijo, correspondía al Congreso de la República.

correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales;

(...)"

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

El artículo 187 de la Constitución Nacional quedará así:

Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas.

(...)

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

El artículo 197 de la Constitución Nacional quedará así:

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

[...]

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

(...)"

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

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



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

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

[...]

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

[...]

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

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

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

“Corresponde a las Asambleas Departamentales por medio de ordenanzas:

[...]

7. *Determinar la estructura de la administración departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los*

*establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.”*

El artículo 305, numeral 7º Constitucional indica:

*“Son atribuciones del gobernador:*

*[...]*

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

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

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

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

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

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

*“El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.*

*En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.*

*Parágrafo: El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencia con cargos similares en el orden nacional”.*

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

En consecuencia, como ya lo ha precisado esta Corporación,<sup>7</sup> la determinación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales compete al

---

<sup>6</sup> La Corte Constitucional, expresamente señaló: *“La economía, eficacia y eficiencia en el gasto público, en todos los ámbitos, es un principio que tiene pleno sustento constitucional y sobre su importancia en una sociedad democrática, soportada en la tributación equitativa y en el correlativo deber de las autoridades de hacer un uso adecuado de los recursos aportados por la comunidad, no es necesario abundar. La fijación a este respecto de un límite máximo al gasto burocrático, constituye un medio idóneo para propugnar la eficiencia y economía del gasto público y, de otro lado, estimular que los recursos del erario nacional y de las entidades territoriales en mayor grado se destinen a la atención material de los servicios públicos. La razonabilidad de la medida legislativa se descubre también si se tiene en cuenta que el patrón de referencia - los sueldos de los cargos semejantes del nivel nacional -, garantiza que el anotado límite no sea en sí mismo irracional y desproporcionado. Las premisas sentadas, llevan a la Corte a concluir que la norma examinada, por lo que respecta a los empleados públicos territoriales, es exequible.”.*

<sup>7</sup> Ver entre otras, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 29 de marzo de 2001, Expediente No. 6179 (3241-00), Actor VICTOR MANUEL ROJAS GUTIERREZ; y fallo del 19 de mayo de 2005, Expedientes No. 11001032500020020211 01, No. INTERNO: 4396 – 2002, Actor LUIS EDUARDO CRUZ PORRAS (Acumulados Nos. 11001032500020020209 01 (4333-02), actor AUGUSTO GUTIERREZ Y OTROS; 11001032500020020213 01 (4406-02), actor ENRIQUE GUARIN ALVAREZ; y

Gobierno Nacional, de acuerdo con los parámetros señalados por el legislador, y no a las Corporaciones Públicas Territoriales, las que, además, tienen prohibido arrogársela; y en lo que se refiere al régimen salarial, el Gobierno señaló el límite máximo salarial de los servidores públicos territoriales teniendo en cuenta su equivalencia con los del orden nacional.

Existe, para efectos de fijar salarios, un régimen de competencia concurrente entre el Congreso, el Gobierno Nacional, las Corporaciones administrativas colegiadas del orden Departamental y Municipal (Asambleas y Concejos) y el Ejecutivo Territorial (Gobernadores y Alcaldes) que fue ratificada por la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 1999 (14 de Julio) Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.<sup>8</sup>

La competencia del Gobierno Nacional para fijar el límite máximo salarial de la remuneración de los empleados de los entes territoriales no desconoce la competencia que la misma Constitución expresamente otorgó a las autoridades de dichos entes para fijar, por una parte, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos dentro de su jurisdicción, artículos 300, numeral 7, y 313, numeral 6, de la Constitución, y, por otra, para determinar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, artículos 305, numeral 7, y 315, numeral 7, de la Constitución.<sup>9</sup>

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

---

11001032500020020230 01 (4767-02), actor PABLO EMILIO ARIZA MENESES Y OTROS), Consejero Ponente DR. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE.

<sup>8</sup> En esa sentencia se señaló: “[...] 4.3. En estos términos, para la Corte es claro que existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, así: Primero, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero, las asambleas departamentales y concejos municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto, los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto 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”

<sup>9</sup> Ibidem, nota al pie 2.

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

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

A partir de la Reforma de 1968, es evidente que para la fijación de salarios y prestaciones de los empleados públicos, hubo una reforma sustancial, de manera que, las competencias de los órganos de dirección de los entes territoriales se le limitó esta potestad a determinar “***las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleo.***” (destacado no es del texto).

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

En criterio de la Sala, la competencia del ente territorial no iba más allá de simplemente fijar las escalas salariales y esto no incluía la potestad de crear factores o elementos constitutivos del salario, pues esta función estaba reservada al legislador. Lo antes dicho, además, porque con la reforma constitucional aludida, el Constituyente quiso limitar la potestad de los entes territoriales para buscar cada vez más la realización de uno de los pilares fundamentales del

derecho laboral que consistía en que, a trabajo igual salario igual, preceptiva que empezó a tener fuerza constitucional a partir de esa reforma del Estado de 1968, de manera que, en todo el sector público, se equiparan los elementos o factores destinados a remunerar al trabajador.

La competencia de los entes territoriales en materia salarial a partir de 1968, se limitó a fijar los niveles jerárquicos y asignarles a estos los emolumentos correspondientes. En materia prestacional es evidente que antes de la reforma de 1968 y después de ésta, el único legitimado para fijarlas era el Congreso o el Legislador Extraordinario, y esto no tiene mayor discusión.

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

Lo antes dicho porque la constitucionalidad y legalidad de las normas, reglamentos o actos administrativos debe revisarse al momento en que fueron expedidos y, si al proferirse se hizo con fundamento en competencias y preceptivas que lo autorizaban, estas normas no pueden desconocerse de plano. En otros términos, la reforma del año 1968, en materia de salarios sólo implicó el cambio de la autoridad legitimada para regular la materia; por ende, no resulta razonable deducir que, ipso jure, ocurre una derogatoria tácita, las preceptivas que regulaban este tópico.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> La Subsección A, de esta Corporación en una de las providencias citadas, prohijó el criterio de la Corte Constitucional en la sentencia C- 014 de 1993, en especial sobre los siguientes aspectos: “[...]...3. Pero con respecto a la legislación preexistente las exigencias del principio de seguridad jurídica y certidumbre se satisfacen de una manera diversa. En efecto, la regla dominante en este nuevo universo normativo reconoce que el tránsito constitucional no conlleva necesariamente la derogación de todas las normas expedidas durante la vigencia de la Constitución derogada. Por tanto, la legislación preexistente conserva toda su vigencia en la medida en que la nueva Constitución no establezca reglas diferentes. (...) Es por eso que la Corte Suprema de Justicia ha negado que la vigencia de la Constitución de 1991 haya derogado en bloque el ordenamiento inferior preexistente y ha reconocido el efecto retrospectivo de la nueva preceptiva constitucional (...) 4. Puesto que por las razones aducidas, la regla general es la de la subsistencia de la legislación preexistente, la diferencia entre la nueva Constitución y la ley preexistente debe llegar al nivel de una incompatibilidad real, de una contradicción manifiesta e insuperable entre los contenidos de las proposiciones de la Carta con los de la ley preexistente. Por tanto, no basta una simple diferencia. Es esto lo que en forma clara y contundente consagra el texto del artículo 9o de la ley 153 de

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

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

Como ya lo ha precisado esta Sección<sup>11</sup>, el Estado no está obligado a mantener un régimen benéfico de forma permanente porque las instituciones y sus regulaciones deben adecuarse al orden social, cultural y económico que gobierna el momento, de manera que, el salario o las prestaciones sociales deban permanecer perennes y sólo ser modificada en lo favorable. En otras palabras el Estado debe respetar los salarios y prestaciones que perciban quienes estén vinculados al momento de la expedición del nuevo régimen regulatorio, siempre y cuando estén amparados por la Constitución y la ley.

En suma, quienes se beneficiaban de factores o elementos salariales ordenados por instrumentos de carácter territorial o inclusive, quienes alcancen a devengarlos por el hecho de que el legislador no hubiese regulado el tema, tienen derecho a

---

*1887, norma que ha resistido airosa el transcurso del tiempo y que resuelve problemas derivados de la vigencia de la Carta de 1991 sin contradecir su espíritu sino, muy por el contrario, de acuerdo con el mismo, tal como se desprende de su texto (...) Es claro que la norma transcrita consagra también como principio general la subsistencia de la legislación preexistente...*"

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 14 de marzo de 2002, actor JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ, Consejero Ponente Dr. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE, expediente No. 1100103250199 00 (3305-00), reiterada en fallo del 19 de mayo de 2005, Expedientes No. 11001032500020020211 01, No. INTERNO: 4396 – 2002, Actor LUIS EDUARDO CRUZ PORRAS (Acumulados Nos. 11001032500020020209 01 (4333-02), actor AUGUSTO GUTIERREZ Y OTROS; 11001032500020020213 01 (4406-02), actor ENRIQUE GUARIN ALVAREZ; y 11001032500020020230 01 (4767-02), actor PABLO EMILIO ARIZA MENESES Y OTROS), Consejero Ponente DR. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE.

conservarlos, pero, quienes se vinculen bajo el nuevo régimen, se someten a las nuevas condiciones salariales y prestacionales que regule el competente.

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

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

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

En un Estado de Derecho cuando, como en este caso, el competente, ejerce su competencia para regular los salarios y las prestaciones, deben considerarse inaplicables las normas que regulaban el régimen territorial, siempre y cuando no se trate de derechos adquiridos.

De la misma forma, mediante la acción de nulidad se puede solicitar al juez competente la anulación de las disposiciones que establecen factores o elementos de salarios o de prestaciones indebidamente en el sector territorial; sin perjuicio, del control difuso de constitucionalidad que puede hacerse en cada caso concreto, para hacer prevalecer lo dispuesto por el competente.



#### 4) De la expedición y vigencia del Decreto 1919 de 2002.

La parte demandante alega que los empleados que venían vinculados al ente territorial devengaban mejores salarios y prestaciones porque, mediante las normas arriba indicadas a ellos se les defirieron.

Para la Sala, se reitera, en principio, que en materia de salarios y prestaciones, los empleados públicos territoriales sólo son beneficiarios de aquellos que el legislador haya deferido en su favor.

Es más, a partir de la expedición del Decreto 1919 de 2002, en materia de prestaciones, existe una homologación con el sector nacional, de manera que, en el sector territorial no es procedente el reconocimiento de prestaciones diferentes a las ordenadas para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional, al respecto los artículos 1º y 2º, preceptúan:

*“Artículo 1º. A partir de la vigencia del presente decreto todos los empleados públicos **vinculados** o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles departamental, distrital y municipal, a las asambleas departamentales, a los concejos distritales y municipales, a las contralorías territoriales, a las personerías distritales y municipales, a las veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las juntas administradoras locales, de las instituciones de educación superior, de las instituciones de educación primaria, secundaria y media vocacional, **gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.***

*Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas.*

**Artículo 2°. A las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado se les continuará aplicando el régimen de prestaciones sociales de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993.”.**  
(Destacado no es del texto).

La norma anterior fue revisada por esta Corporación en fallo del 19 de mayo de 2005, Expedientes No. 11001032500020020211 01, No. interno: 4396 – 2002, Actor: Luis Eduardo Cruz Porras (Acumulados Nos. 11001032500020020209 01 (4333-02), actor: Augusto Gutiérrez y otros; 11001032500020020213 01 (4406-02), actor: Enrique Guarín Álvarez; y 11001032500020020230 01 (4767-02), actor: Pablo Emilio Ariza Meneses y otros), Consejero Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante, la que al ser revisada en acción de nulidad se encontró ajustada a derecho, bajo los siguientes argumentos:

“En principio podría afirmarse que el Presidente de la República, con esta actuación, como lo alegan los demandantes, desbordó los lineamientos generales fijados por el legislador, concretamente, la prohibición contenida en el artículo 2º, literal a), de la Ley 4ª de 1992, al desmejorar las prestaciones que venían devengando los empleados públicos ya vinculados.

Sin embargo debe decirse que el decreto acusado respetó los derechos adquiridos en los términos del artículo 5º del Decreto 1919 de 2002, la parte actora no demostró la desmejora de las prestaciones o de los salarios que venían devengado de conformidad con la ley y sólo deben ser respetados los derechos adquiridos con justo título con arreglo a la Constitución y a la ley por lo que no pueden calificarse como tales unos supuestos derechos derivados de normas proferidas por quien carecía competencia para expedirlas.

[...]

Además, como ya lo ha señalado esta Sección<sup>12</sup>, el Estado no está obligado a mantener un régimen benéfico de forma permanente porque las instituciones y sus regulaciones deben adecuarse al orden social, cultural y económico que gobierna el momento, de manera que una prestación social no puede permanecer perenne y sólo ser modificada en lo favorable, si bien deben respetarse los salarios y prestaciones que perciban quienes están vinculados al momento de la expedición del

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 14 de marzo de 2002, actor JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ, Consejero Ponente Dr. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE, expediente No. 1100103250199 00 (3305-00).

nuevo régimen regulatorio, siempre y cuando estén amparados por la Constitución y la ley.”

En otras palabras, a partir de la asimilación de los empleados del sector territorial, en lo que se refiere a las prestaciones ordenadas para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional, implica su aplicación prevalente y excluyente.

Con la anterior asimilación, los empleados del orden territorial resultan beneficiados en tanto a ellos, también, se les trasladaron las prestaciones del orden nacional que no les cobijaban.

## **5) Solución al caso concreto.**

### 5.1 Vigencia y aplicabilidad de la Ordenanza 13 DE 1947, de 1968 a 1991.

A través del artículo 5º de la Ordenanza del epígrafe, la Asamblea de Cundinamarca *“Por la cual se destina una partida, se dispone su distribución, se ordena un crédito-traslado y se deroga en todas sus partes el artículo 7º de la Ordenanza número 28 de 1946 y se dicta otras disposiciones”*, señaló:

*“Artículo 5º. Los empleados y obreros del Departamento que hayan cumplido veinte años o más, al servicio de Cundinamarca, que no hayan sido pensionados y que se hallen en ejercicio de sus funciones con una antigüedad no menor de cinco años, sin solución de continuidad, tendrán derecho a un aumento del veinte por ciento del sueldo o jornal que devenguen.*

*La Gobernación procederá a liquidar en el presupuesto las partidas correspondientes, quedando ampliamente facultada para hacer las operaciones del caso, a fin de dar cumplimiento a esta disposición, la cual regirá desde el día primero de julio próximo.”*

La anterior normativa territorial reguló lo relacionado con un incremento salarial o sobresueldo en la medida en que remunerara directamente la relación laboral pero, además, bajo el concepto imperante en la fecha, no puede considerarse como prestación social, porque éstas son las destinadas a cubrir riesgos.

Conforme a lo antes expuesto, es evidente que, al proferirse esta Ordenanza y al regular lo relacionado con sueldos, era vigente y aplicable y, como tal, los derechos adquiridos bajo su imperio, deben respetarse conforme a los postulados del derecho laboral entonces vigente y a lo previsto en el artículo 48 de nuestra actual Carta Política.

Sin embargo, en criterio de la Sala, como ya se indicó arriba, esta clase de normas sufrieron una derogatoria tácita, porque el legislador reguló de manera completa los salarios y prestaciones de los empleados del sector salud, y en especial al fijar los salarios.

En efecto, en términos generales, se puede decir que la derogación es dejar sin efecto una norma porque ha cesado su vigencia en la medida en que una norma posterior reguló la misma materia o también, porque *“la regulación de la materia quede sometida a los principios generales del ordenamiento”*, en donde juegan los elementos de conveniencia y oportunidad, es decir, que no apuntan a aspectos relacionados con la legalidad o inexecutable del precepto.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Sobre el tema en estudio, la Corte Constitucional, en la sentencia C- 159 de 2004, indicó: “[...]La ley 153 de 1887 en su artículo 3° establece otra forma de derogación y es la derogación orgánica. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de marzo 28 de 1984, señaló que:

*“La derogación orgánica, que para no pocos autores no pasa de ser una faz de la derogatoria tácita, sólo se da es verdad cuando la nueva ley “regule íntegramente la materia” que la anterior normación positiva regulaba. Empero, determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende de la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre éstas y las de la ley anterior.*

[...]Por su parte, sobre la derogación de las leyes, esta Corporación, en sentencia C-443 de septiembre 18 de 1997 señaló:

*“[e]n términos generales, se puede decir que la derogación tiene como función, tal y como lo señala la doctrina y lo ha establecido esta Corporación, dejar sin efecto el deber ser de otra norma, expulsándola del ordenamiento. Por ello se ha entendido que la derogación es la cesación de la vigencia de una disposición como efecto de una norma posterior, por cuanto la derogación no se basa en un cuestionamiento de la validez de la norma -como sucede cuando ésta es anulada o declarada inexecutable por los jueces- sino en criterios de oportunidad libremente evaluados por las autoridades competentes, y en especial, en relación con las leyes, por el Congreso. Esta Corte ya había precisado esa diferencia con claridad. Dijo entonces esta Corporación:*

Por ende, en aplicación de los linderos y criterios generales antes señalados, encuentra la Sala que una vez el legislador utilizó la facultad de regulación de los salarios quedaron por fuera del ordenamiento jurídico las normas territoriales que regularon ese aspecto.

Es decir que la remuneración salarial estaba en proceso de ser unificada, bajo la escala salarial fijada para el orden nacional, por ello, resulta improcedente reconocer emolumentos previstos en la Ordenanza a los empleados que prestan sus servicios en ese ente territorial, máxime cuando se vincularon después de 1968, tal y como se procede a explicar.

## **5.2. Derogatoria de la Ordenanza 13 de 1947 después de 1991.**

A partir de la Carta Política de 1991, bajo la entrada en vigencia de la Ley 60 de 1993<sup>14</sup>, en su artículo 6º inciso 7º, expresamente se señaló:

*“Artículo 6º.- Administración del personal.*

*[..]*

*Las funciones de dirección del sistema de salud, se realizarán a través de las direcciones locales, distritales y seccionales según las competencias definidas en la presente ley. Las entidades prestadoras de servicios de salud, estarán dotadas de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, en concordancia con el parágrafo 1o. del artículo 19 de la Ley 10 de 1990, y se les aplicará el régimen de personal previsto en el artículo 26 de dicha ley. En virtud de las autorizaciones de la Ley 4a. de 1992 el CONPES social establecerá los reajustes salariales máximos que podrán decretar o convenir las entidades territoriales. Igualmente establecerá los parámetros de eficiencia técnica y administrativa que podrán considerarse para la expansión de las plantas de personal y los sistemas de control de gestión por parte de las entidades territoriales, sin perjuicio de su autonomía que al respecto consagra la Constitución Política. El Gobierno Nacional establecerá un programa de estímulos a la eficiencia técnica y administrativa de los sectores de salud y educación y se abstendrá de participar en programas de cofinanciación cuando las entidades territoriales de que trata la presente ley, no demuestren eficiencia o no efectúen la expansión racional de sus plantas de personal.”*

---

*“Así, la derogación no deriva de conflictos entre normas de distinta jerarquía sino de la libertad política del Legislador, pues ese órgano político decide expulsar del ordenamiento una norma que hasta ese momento era totalmente válida, ya sea para sustituirla por otra disposición, ya sea para que la regulación de la materia quede sometida a los principios generales del ordenamiento. Es pues un acto de voluntad política pues el Legislador evalúa, conforme a criterios de conveniencia, cuando es oportuno derogar una determinada disposición (...). En síntesis, y tal y como esta Corporación ya lo había señalado, "la derogatoria es un fenómeno de teoría legislativa donde no sólo juega lo jurídico sino la conveniencia político-social (...)" (Sentencia C-145/94. MP Alejandro Martínez Caballero, Fundamento Jurídico No 5"..."*

<sup>14</sup> Norma derogada por la Ley 715 de 2001.

La Ley 4ª de 1992, como ya se indicó arriba, señaló el marco en el que el Gobierno Nacional podía fijar los salarios, entre otros, del sector salud, y al hacer las regulaciones pertinentes, deja por fuera regulaciones territoriales como la del epígrafe, salvo para quienes en esa fecha hubiesen adquirido el derecho.

En el régimen salarial del sector salud, el Gobierno ejerció esta potestad mediante el Decreto 439 de 1995, en el que con respecto al campo de aplicación, artículo 1º, señaló: *“El presente decreto establece el Régimen Salarial y el Programa Gradual de Nivelación de Salarios y bonificaciones especiales de los empleados públicos de la salud del orden territorial.”*; es decir, que el competente ejerció su competencia orgánica y con ello, quedaron derogadas tácitamente cualquier otra normatividad que regulara el tema salarial de este sector de servidores, salvo respecto de quienes ya tuviesen en cabeza ese derecho.

Se repite, para que exista derogatoria de las normas creadas por un nuevo competente no es necesario derogar expresamente actos administrativos que en materia salarial hubieran proferido, en nuestro caso, la Asamblea Departamental, sino con el mero ejercicio de sus competencias regulatorias deja por fuera cualquier disposición que le sea contraria, de manera que el sobresueldo previsto en la Ordenanza 013 de 1947 tuvo una derogatoria tácita con la expedición de la norma que fijó el cuanto salarial de cada empleo, proferido por el Gobierno Nacional en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992 y en concordancia con lo dispuesto por la Ley 60 de 1993 y en especial por el Decreto 439 de 1995.

**5.3.** La parte demandante pretende que se incluyan los valores del sobresueldo creado por la Ordenanza 013 de 1947, que corresponde hasta del 20% a quienes cumplan 20 años de servicio con el Departamento.

En lo que se refiere a la Ordenanza 013 de 1947, a la que la parte demandante aduce la creación *“de un sobresueldo hasta del 20% a quienes cumplan veinte (20) años en el Departamento”*, la Sala encuentra que esta preceptiva no es aplicable al demandante, quien se vinculó en el año de 1980 (folio 178), en la

medida en que el competente reguló los salarios que debía percibir el actor como se indicó arriba; y cumplió los 20 años, luego de la entrada en vigor del Decreto 439 de 1995.

Se insiste, que el actor fue nombrado por Resolución No. 241 de 6 de agosto de 1980 en el Hospital San Rafael del Municipio de Pacho (Cundinamarca) en el cargo de Almacenista Auxiliar, cumpliendo los 20 años de servicio el 8 de agosto de 2000, pero, dentro del proceso, no se demostró que la administración le hubiese reconocido y / o pagado el sobresueldo del 20% objeto del presente proceso, de manera que, la Sala, actualmente no puede ordenar el reconocimiento o pago de un factor salarial que carece de fundamento normativo.

Por lo que el actor no tiene derecho al reconocimiento salarial pretendido.

5.4. La parte demandante solicita que se incluya, no sólo el sobresueldo solicitado sino también prestaciones sociales y factores salariales contenidos en las siguientes disposiciones de orden departamental:

1. Los Decretos 01231 y 03179 de 1975, 03627 de 1976, 03310 de 1978, la Resolución N° 04153 de 1994 y el Acuerdo Laboral 09 de 1990 que reconocen la prima de antigüedad;
2. Las Resoluciones Departamentales 1501 de 1983, 03150 de 1986, 04253 de 1994 y Acuerdos Laborales 09 de 1990 y 003 de 1994 que reconocen el auxilio de alimentación y transporte;
3. El Decreto 03993 de 1982, las Resoluciones 1502 de 1983, 03150 de 1986, 04153 de 1994 y el Acuerdo Laboral 09 de 1990 que reconocen la prima de vacaciones y el período de vacaciones;

4. La Resolución 1501 de 1983, el Decreto Departamental 2682 de 1983, la Resolución Departamental 3150 de 1986 y el Decreto 03993 de 1982 que reconocen la prima anual de servicios;
5. Las Resoluciones 1264 de 1984 y 3150 de 1986, el Acuerdo Laboral 09 de 1990 y el Decreto 03993 de 1982 que reconocen la bonificación por servicios prestados;
6. Las Resoluciones 1501 de 1983 y 03150 de 1986, la Ordenanza 02 de 1956 y el Acuerdo Laboral 09 de 1990 que reconocen la prima de navidad;
7. Las Resoluciones 03150 de 1986, 1501 de 1983 y 1264 de 1984 y Acuerdo 09 de 1990 que crean el bienestar social;
8. Las Resoluciones 004344 de 1993, 003029 de 1995, 03338 y 03521 de 1988 que reconocen las dotaciones para los empleados, con excepción de los cargos directivos;
9. Conservación de las prestaciones mientras se permanezca en el cargo, Decreto 2004 de 2001.
10. Reafirmación de derechos adquiridos. Resolución 02000 de 1996 del Secretario de Salud Departamental y Decreto 1728 de 2001; y
11. Las Resoluciones 001584 de 1997 y 01842 de 1998 que contemplan el pago de cesantías.

Para la Sección resulta manifiestamente improcedente la inclusión de estos factores salariales y prestacionales porque, simplemente, se crearon sin



competencia para ello, lo cual no comporta derecho adquirido y no puede formar parte de las asignaciones de los empleados del ente territorial acusado.

Como ya se indicó arriba, la determinación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos territoriales compete al Gobierno Nacional, de acuerdo con los parámetros señalados por el legislador y no, a las corporaciones públicas territoriales ni a las autoridades de otros ordenes, las que, además, tienen prohibido arrogársela.

En consecuencia, esta Corporación no puede ordenar el reconocimiento de elementos constitutivos de salarios y prestaciones extralegales aludidas porque se soportan en Ordenanzas, en Decretos inconstitucionales e ilegales, en “Acuerdos Laborales” y una serie de normatividad espuria que no puede producir efectos jurídicos en la actualidad y, por supuesto, esta clase de prestaciones no pueden ser objeto de reconocimiento en la medida en que ni siquiera comportan un derecho adquirido.

No resulta procedente alegar la existencia de derechos adquiridos en contra de la Constitución y de la Ley y no pueden calificarse como tales unos supuestos derechos derivados de normas proferidas por quien carecía de competencia para expedirlas.

Adicionalmente debe precisarse que el servidor queda sometido a las normas vigentes al inicio de su vinculación y a todas las que las modifiquen o subroguen durante el término de su servicio.

En suma, las pretensiones de la demanda deben ser denegadas porque al demandante no se le pueden reconocer emolumentos con base en preceptos que contrarían lo dispuesto por la Constitución y la Ley, o normas territoriales que regularon salarios antes del año de 1968, cuando ya fueron derogadas por el actualmente competente para fijar el régimen salarial.

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

#### **FALLA**

1. **Decláranse** no probadas las excepciones propuestas.
2. **Confírmase** la sentencia la sentencia de 21 de febrero de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que negó las pretensiones de la demanda formulada por el señor Manuel Isidro Sánchez Guerrero contra el Hospital San Rafael del Municipio de Pacho (Cundinamarca).

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO, DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.**

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

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GOÓMEZ ARANGUREN BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO