

CREACIÓN DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES – Evolución histórica de la competencia de los departamentos y municipios

i) En vigencia de la Constitución de 1886 y antes del Acto Legislativo 1 de 1968. (...) Para entender el asunto de la creación de sueldos a cargo de las corporaciones públicas territoriales durante esta etapa y particularmente después del Acto Legislativo 3 de 1910, resulta indispensable remitirse a lo que la Ley 4 de 1913 regulaba: “Artículo 97. Son funciones de las asambleas: 16. Crear los empleos necesarios para el servicio del departamento, y determinar su duración y funciones; (...) 25. Fijar los sueldos de los empleados del departamento que sean de cargo del tesoro departamental.” (...) En lo que concierne al período analizado, la Constitución, la ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado reconocían la competencia de las asambleas departamentales para crear asignaciones salariales de los empleados de sus departamentos. ii) El Acto Legislativo 1 de 1968. Con la expedición del Acto Legislativo 1 de 1968 se modificaron entre otros los artículos 76, 120 y 187 de la Constitución (...) Sobre esta reforma la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto 1393 de 18 de julio de 2002 sostuvo: “A partir del Acto Legislativo No. 1 de 1968, el Congreso determinaba las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales (art. 11). Sin embargo, se contempló la posibilidad de revestir “pro tempore” al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para regular la materia (artículo 76.12). En todo caso, es claro que para esa época el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los niveles –nacional, seccional o local- tenía única y exclusivamente carácter legal, no siendo viable su reconocimiento mediante actos jurídicos de distinto contenido –acuerdos, ordenanzas, actas convenio o convenciones colectivas.” (...) iii) La Constitución de 1991. (...) La jurisprudencia de la Sección Segunda ha manifestado que constitucionalmente se dejó en manos exclusivas del Congreso la facultad de regular el sistema salarial y prestacional de los empleados oficiales de cualquier orden y se proscribió cualquier régimen señalado por los concejos municipales, las asambleas departamentales o los gobernadores, por lo cual no es posible pretender el reconocimiento de remuneraciones salariales creadas mediante ordenanzas y decretos departamentales, por cuanto tales actos resultan contrarios al ordenamiento superior. Se encuentra que las normas constitucionales transcritas son desarrolladas por la Ley 4 de 1992

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLÍTICA DE 1886 – ARTICULO 76 / LEY 4 DE 1913 – ARTICULO 97 / ACTO LEGISLATIVO 1 DE 1968 / CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA DE 1991 – ARTICULO 150 / LEY 4 DE 1992 / LEY 115 DE 1994

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Concepto / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Evidenciada la incompatibilidad, constituye un deber / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – No hay derechos adquiridos en contravía de la Constitución

Es menester garantizar en todo momento que el contenido y fuerza obligatoria de la Constitución no sean alterados por normas de inferior categoría. De allí la existencia del principio de supremacía constitucional que implica que toda actuación que se adelante dentro del Estado de Derecho está sometida al orden jurídico y específicamente a la Constitución, la cual sirve de sustento a dicho orden. “La Constitución no sólo es norma, sino la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior”, de donde se sigue también su aplicación directa. (...) Ha dicho esta Sala que es consecuencia

inevitable de la aplicación directa de la Constitución como norma de normas la hipótesis prevista en el artículo 4 Superior, en el sentido de que ante la existencia de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es la denominada excepción de inconstitucionalidad. La excepción de inconstitucionalidad está condicionada a la existencia de una situación de incompatibilidad visible e indiscutible entre una norma Constitucional y una de inferior jerarquía, que obliga a preferir la primera en razón de su carácter fundante de todo el ordenamiento jurídico. (...) También ha dicho esta Sala que, evidenciada la incompatibilidad, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad se convierte en un deber y deja de ser una simple posibilidad discrecional del operador jurídico. (...) Si los derechos deben respetar las leyes civiles para que puedan ser considerados como adquiridos, mal podrían entonces ser garantizados aquellos que contrarían la Constitución Política en cuanto que es norma fundante del ordenamiento. No puede afirmarse que una situación jurídica subjetiva se ha consolidado y que ha ingresado definitivamente al patrimonio de una persona, cuando ha sido creada desconociendo el régimen constitucional y legal que imperaba al momento de su definición, pues carece de un justo título.

FUENTE FORMAL: LEY 4 DE 1992

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA / SUMAS DE DINERO RECIBIDAS DE BUENA FE – No hay obligación de reintegro

En este punto es preciso tener en cuenta que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha concluido que la adopción general e impersonal de un régimen, y su aplicación genérica, en principio llevan a que sus beneficiarios lo entiendan como ajustado a la legalidad, independientemente de que dicho régimen haya sido inclusive controvertido judicialmente. Adicionalmente es menester anotar que la jurisprudencia y la doctrina se han inclinado por proteger el derecho de aquellos docentes que han percibido dineros en virtud de primas creadas por las asambleas y concejos, con base en la confianza de que les estaban siendo pagados legalmente. Resulta entonces aplicable el principio de confianza legítima, cuyo desarrollo se debe en gran medida al derecho alemán a partir del fallo conocido como “la viuda de Berlín”. Explica la doctrina que el Tribunal Superior en providencia del 14 de noviembre de 1956, posteriormente confirmada por el Tribunal Administrativo Alemán en sentencia del 25 de octubre de 1957, protegió la confianza de la viuda de un funcionario de la República Democrática Alemana a quien las autoridades le revocaron unilateralmente el derecho a percibir la pensión de jubilación de su difunto esposo, y consideró que no debía devolver las cantidades percibidas. La autoridades exigían el reintegro de las sumas percibidas pese a que la mujer las venía recibiendo convencida de que su traslado de Berlín Oriental a Berlín Occidental no le ocasionaría problemas, pues así se le había comunicado por la autoridad competente. En el caso de la consulta, la base de la confianza estaría constituida por la expedición de la normas que crean las primas extralegales -signo externo- que tiene la capacidad de inducir razonablemente a los administrados -docentes- a creer en la legalidad, estabilidad y regularidad de su situación jurídica.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTICULO 83 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 164 NUMERAL 1 LITERAL C

PRIMAS EXTRALEGALES PARA DOCENTES CREADAS ANTES DEL ACTO LEGISLATIVO DE 1968

Antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 1968, tanto la ley como la jurisprudencia del Consejo de Estado reconocían la competencia de las asambleas departamentales para crear asignaciones salariales de los empleados de sus departamentos. En tal virtud dichas asignaciones son ajustadas a derecho y deberán ser pagadas a los servidores de la educación que las devenguen, hasta cuando se produzca su retiro. Ahora bien, por ser emolumentos creados con amparo constitucional y legal, deben ser cubiertos con recursos del Sistema General de Participaciones y en su defecto con el Presupuesto General de la Nación previa validación y certificación del Ministerio de Educación Nacional.

PRIMAS EXTRALEGALES PARA DOCENTES CREADAS DESPUÉS DEL ACTO LEGISLATIVO DE 1968 Y ANTES DE LA CONSTITUCION DE 1991

Para este período la jurisprudencia de la Sección Segunda y la doctrina de esta Sala del Consejo de Estado han concluido al unísono que es claro que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de todos los niveles no podía ser creado por acuerdos y ordenanzas y que a las asambleas departamentales solamente les estaba asignada la competencia para determinar las escalas salariales, pero no para crear derechos de tal entidad. En consecuencia, las normas departamentales que crearon primas extralegales contrariaban la Constitución Política de manera evidente, lo que implica para el operador jurídico, en este caso la Administración, la obligación de inaplicarlas por inconstitucionales. Entonces, sin asomo de duda es menester acudir a la excepción de inconstitucionalidad y ante la incompatibilidad de las ordenanzas con la norma de normas, debe prevalecer la supremacía constitucional.

PRIMAS EXTRALEGALES PARA DOCENTES CREADAS DESPUÉS DE LA CONSTITUCION DE 1991

La Constitución establece una competencia concurrente para establecer el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, pues el Congreso de la República señala los parámetros que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional para fijar los límites máximos en los salarios, mientras que las asambleas y los concejos fijan las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias. Ha dicho la jurisprudencia que la facultad constitucional otorgada a las asambleas para fijar las escalas de remuneración es de índole eminentemente técnica y no comprende la competencia para crear salarios o factores salariales, y se limita a la agrupación y clasificación de empleos del nivel departamental, y que no es posible pretender el reconocimiento de remuneraciones salariales creadas mediante ordenanzas y decretos departamentales, por cuanto tales actos resultan contrarios al ordenamiento superior. Así las cosas, las primas extralegales establecidas por las asambleas departamentales en vigencia de la Constitución de 1991 tampoco pueden ser pagadas pues carecen de amparo constitucional y deberá aplicarse la excepción de inconstitucionalidad. Sin embargo, los dineros percibidos por los docentes y originados en los conceptos aludidos desde que entró a regir el Acto Legislativo 1 de 1968 y aun hoy bajo la Constitución de 1991, en principio no deben ser reintegrados pues se entienden recibidos de buena fe.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: **GERMÁN BULA ESCOBAR**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00110-00(2302)

Actor: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

La señora Ministra de Educación Nacional consulta sobre varios asuntos atinentes a la creación y pago de asignaciones salariales de docentes de las entidades territoriales.

Es de anotar que con el beneplácito del Ministerio, el día 14 de diciembre de 2016 y antes de proferir el presente concepto, fueron escuchados varios representantes de la Federación Colombiana de Trabajadores de la Educación –agremiación a la que el Ministerio puso en conocimiento de la consulta-, quienes se refirieron a aspectos normativos, jurisprudenciales y doctrinales en sustento de sus tesis sobre las asignaciones creadas por autoridades territoriales.

I. ANTECEDENTES

Explica la Ministra que la jurisprudencia de los últimos años ha señalado que las autoridades territoriales no pueden establecer asignaciones salariales, pero que sin embargo se han expedido ordenanzas creándolas en varios departamentos.

Así las cosas, formula las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. En Relación con las primas extralegales creadas para los docentes antes del Acto Legislativo 01 de 1968:

1.1. ¿Los actos administrativos proferidos por las corporaciones o las autoridades territoriales que crearon asignaciones salariales antes de diciembre de 1968 hasta cuándo son aplicables y surten efectos fiscales para el reconocimiento y pago de las primas que crearon?

1.2. ¿Cuáles funcionarios pueden ser beneficiarios de estas asignaciones salariales y hasta cuándo debe ir ese beneficio?

1.3. ¿Con cargo a qué recursos presupuestales se deben pagar los valores que resulten del reconocimiento de primas extralegales creadas con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 1968?

2. Respecto a las primas extralegales creadas para los docentes después del Acto Legislativo 01 de 1968 y antes de la Constitución de 1991:

2.1. Teniendo en cuenta la expedición y lo establecido por el Decreto 2277 de 1979 ¿hasta cuándo estuvieron vigentes y produjeron efectos fiscales los actos

administrativos que crearon asignaciones salariales para docentes y directivos docentes expedidos con anterioridad a ese Decreto?

2.2. En atención a la expedición y lo establecido por la Ley 4 de 1992, ¿hasta cuándo estuvieron vigentes y produjeron efectos fiscales los actos administrativos que crearon asignaciones salariales para docentes y directivos docentes expedidos con anterioridad a esa Ley?

2.3. En consideración a la expedición y lo establecido por la Ley 115 de 1994, ¿hasta cuándo estuvieron vigentes y produjeron efectos fiscales los actos administrativos que crearon asignaciones salariales para docentes y directivos docentes expedidos con anterioridad a esa Ley?

2.4. Si los actos administrativos que crearon asignaciones salariales antes de la Constitución Política de 1991, de la Ley 4 de 1992 y de la Ley 115 de 1994 nacieron a la vida jurídica y produjeron efectos por un tiempo determinado, ¿cuáles educadores pueden ser beneficiarios de estas asignaciones salariales y hasta cuándo debe ir este beneficio?

2.5. En caso de ser necesario, ¿con cargo a qué recursos presupuestales se deben pagar los valores que resulten del reconocimiento de primas extralegales expedidas después del Acto Legislativo 01 de 1968 y antes de la Constitución de 1991?

3. Sobre las primas extralegales creadas para los docentes después de la Constitución Política de 1991:

3.1. ¿Debe la administración nacional, departamental o municipal pagar primas extralegales solicitadas con fundamento en actos administrativos expedidos después de la Constitución de 1991 por corporaciones o autoridades territoriales?

3.2. ¿Qué herramientas jurídicas pueden utilizarse para no incurrir en el pago de lo no debido en virtud de las reclamaciones de la pregunta anterior?

3.3. En caso de haberse realizado algún pago, ¿es legalmente posible recuperar esos recursos?, y, ¿cuáles mecanismos o herramientas jurídicas puede utilizar la respectiva entidad para recuperarlos?

3.4. En caso de que deban reconocerse valores con fundamento en los mencionados actos administrativos, ¿con cargo a qué recursos se deben pagar?"

II. CONSIDERACIONES

Para absolver la consulta, la Sala se ocupará de los siguientes temas: i) la competencia para crear salarios y prestaciones, ii) la normativa especial para los docentes, iii) la excepción de inconstitucionalidad, iv) no hay derechos adquiridos en contravía de la Constitución, v) el no reintegro de las sumas de dinero recibidas de buena fe, vi) pago de primas extralegales y vii) caso concreto.

A. La competencia para crear salarios y prestaciones

Para absolver la consulta se hace necesario referirse a tres etapas históricas de la normativa sobre la competencia de los departamentos y municipios para crear salarios y prestaciones.

i) En vigencia de la Constitución de 1886 y antes del Acto Legislativo 1 de 1968

La redacción original de la Constitución de 1886 preveía:

“Artículo 76. Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

(...)

7. Crear todos los empleos que demande el servicio público, y fijar sus respectivas dotaciones.”

El Acto Legislativo 3 de 1910, artículo 54, numeral 5 facultó a las asambleas departamentales para la *“creación y supresión de circuitos de notaría y de registro y la fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos”*.

En la compilación de 1936 ordenada por el artículo 35 del Acto Legislativo del mismo año, se lee:

“Artículo 69. Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

(...)

6. Crear todos los empleos que demande el servicio público, y fijar sus respectivas dotaciones.”

Artículo 186. Corresponde a las Asambleas.

(...)

5. La fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos”.

Posteriormente el Acto Legislativo 1 de 1945 estableció:

“Artículo 7. El artículo 69 de la Constitución quedará así:

Artículo 69: El Congreso lo forman el Senado y la Cámara de Representantes.

Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

(...)

9. Crear todos los empleos que demande el servicio público y fijar sus respectivas dotaciones.”

“Artículo 83. El artículo 186 de la Constitución quedará así:

Artículo 186. Corresponde a las Asambleas:

(...)

5. La fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos”.

Con la compilación de 1945 ordenada por el artículo transitorio e) del Acto Legislativo 1 de 1945. Los artículos pertinentes quedaron así:

“Artículo 76. Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

(...)

9. Crear todos los empleos que demande el servicio público y fijar sus respectivas dotaciones.”

Artículo 187. Corresponde a las Asambleas.

(...)

5. La fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos”.

Para entender el asunto de la creación de sueldos a cargo de las corporaciones públicas territoriales durante esta etapa y particularmente después del Acto Legislativo 3 de 1910, resulta indispensable remitirse a lo que la Ley 4 de 1913 regulaba:

“Artículo 97. Son funciones de las asambleas:

(...)

16. Crear los empleos necesarios para el servicio del departamento, y determinar su duración y funciones;

(...)

25. Fijar los sueldos de los empleados del departamento que sean de cargo del tesoro departamental;”

También es ilustrativo traer a colación la jurisprudencia de la época. En sentencia del 19 de junio de 1941¹ el Consejo de Estado dijo:

"No estima el Consejo que la atribución que tienen las Asambleas para crear los empleos necesarios para el servicio del Departamento, les impida autorizar a los Gobernadores para suprimir o refundir empleos o para disminuir proporcionalmente los sueldos con el fin de mantener el equilibrio del presupuesto. Si un empleado creado por ordenanza llega a estimarse innecesario para el servicio público, o si llega a estimarse que dos empleos pueden ser desempeñados por un solo empleado, y si las necesidades del Fisco aconsejan hacer estas economías, no se ve por qué razón no pueda la Asamblea autorizar a la Gobernación para hacerlas, ni se ve tampoco por qué no pueda la misma Asamblea autorizar a la Gobernación para hacer una rebaja proporcional en los sueldos en caso de presentarse un déficit en el presupuesto."

Más específicamente, en la sentencia del 26 de abril de 1944 se señaló:

“Dentro de las actividades propias de las Asambleas, señaladas por el artículo 186 de la Constitución, que desarrolla el 97 de la Ley 4° de 1913, cabe perfectamente, en

¹ Luis Alejandro Bustos contra departamento de Norte de Santander.

sentir del Consejo, la de atender a la fijación del salario mínimo de los obreros que trabajan en las obras públicas del Departamento. Esta actividad es, precisamente, encaminada a dirigir la administración pública en lo referente a las obras que se adelantan con los recursos propios del Departamento. No es necesario que la ley señale en forma específica como función de las Asambleas la de fijar los salarios de los trabajadores. Basta con el hecho de hallarse dentro de las atribuciones de las dichas corporaciones la de atender a la administración de los bienes del Departamento, al arreglo, fomento y administración de las obras y establecimientos públicos que interesen exclusivamente a la respectiva sección, para que puedan válidamente las Asambleas Departamentales hacer la fijación del salario mínimo de sus obreros.

Cree el demandante que esta actividad corresponde al legislador y que la Asamblea de Bolívar se adelantó a éste al dictar la Ordenanza número 7 de 1942. Pero esta apreciación no es exacta. No ha sido la Asamblea de Bolívar la primera en señalar el salario mínimo de los obreros del Departamento. Otras, como la de Antioquia, desde hace varios años han hecho lo mismo, Y está bien que sean las corporaciones seccionales las que dicten esa clase de medidas, dado que las condiciones de vida de una comarca a otra cambian fundamentalmente, y la fijación que hiciera el legislador nacional, fuera de que haría una nivelación inconveniente, sobre circunstancias disímiles, invadiría un campo vedado si pretendiese entrar a regular cuestiones relativas a la administración de las secciones, cuyos patrimonios gozan de garantías que la misma Constitución les reconoce y que, por tanto, son ellas las llamadas a atenderlo en virtud de claros preceptos legales”

En síntesis, en lo que concierne al período analizado, la Constitución, la ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado reconocían la competencia de las asambleas departamentales para crear asignaciones salariales de los empleados de sus departamentos.

ii) El Acto Legislativo 1 de 1968

Con la expedición del Acto Legislativo 1 de 1968 se modificaron entre otros los artículos 76, 120 y 187 de la Constitución en los siguientes términos:

“Artículo 11. El artículo 76 de la Constitución Nacional quedará así:

Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

(...)

9. Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales,”

“Artículo 41. El artículo 120 de la Constitución Nacional quedará así:

Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

(..)

21. Crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y los subalternos del Ministerio Público, y señalar sus

funciones especiales, lo mismo que fijar sus dotaciones y emolumentos, todo con sujeción a la leyes a que se refiere el ordinal 9 del artículo 76. El Gobierno no podrá crear a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.”

“Artículo 57. El artículo 187 de la Constitución Nacional quedará así:

Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas.

(...)

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

Sobre esta reforma la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto 1393 de 18 de julio de 2002 sostuvo:

“A partir del Acto Legislativo No. 1 de 1968, el Congreso determinaba las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales (art. 11). Sin embargo, se contempló la posibilidad de revestir “pro tempore” al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para regular la materia (artículo 76.12). En todo caso, es claro que para esa época el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los niveles –nacional, seccional o local- tenía única y exclusivamente carácter legal, no siendo viable su reconocimiento mediante actos jurídicos de distinto contenido – acuerdos, ordenanzas, actas convenio o convenciones colectivas.”

Por su parte, la Sección Segunda de la Corporación ha señalado:

“El Acto Legislativo 1 de 1968, en relación con la asignación de competencias para la determinación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, determinó:

(...)

De los preceptos constitucionales transcritos, se puede apreciar que el Constituyente de 1968 estatuyó una competencia concurrente para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, razón por la cual, encuentra la Sala que las entidades que profirieron los actos contentivos de las primas semestral y de antigüedad que reclama el demandante no tenían competencia para crear emolumentos a favor de los empleados del Departamento de Sucre.

De la lectura armónica de los artículos transcritos se puede concluir que a las Asambleas Departamentales les estaba asignada la competencia para determinar las escalas salariales mas no para crear derechos salariales como es la prima semestral contenida en la Ordenanza 08 de 1985. En igual manera al Gobernador, quien debía someterse a lo reglado por la mencionada corporación en desarrollo de la función asignada.”²

Asimismo dicha sección ha explicado:

“(...) se tiene que a partir del año 1968, el régimen prestacional de los empleados públicos del nivel seccional y local, al igual que del nacional, era exclusivamente del resorte legal, sin que fuera posible su reconocimiento por medio de actos jurídicos de contenido diferente, tales como los acuerdos y las ordenanzas.”³

² Subsección A. Sentencia del 28 de enero de 2010. Expediente 2003-00095.

³ Sentencia del 24 de mayo de 2012.

En tales condiciones, nada más hay que agregar a lo previsto en la norma y a lo sostenido por el Consejo de Estado en sede jurisdiccional y de consulta.

iii) La Constitución de 1991

El artículo 150 prevé:

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

(...)

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

(...)

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

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

Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogárselas.”

A su vez, los artículos 300 y 305 preceptúan:

“Artículo 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:

(...)

7. Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.”

Artículo 305. Son atribuciones del gobernador:

(...)

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

Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Segunda⁴ ha manifestado que constitucionalmente se dejó en manos exclusivas del Congreso la facultad de regular el sistema salarial y prestacional de los empleados oficiales de cualquier orden y se proscribió cualquier régimen señalado por los concejos municipales, las asambleas departamentales o los gobernadores, por lo cual no es posible pretender el reconocimiento de remuneraciones salariales creadas mediante

⁴ Sección Segunda. Sentencia del 29 de enero de 2015. Radicación 2003-01721.

ordenanzas y decretos departamentales, por cuanto tales actos resultan contrarios al ordenamiento superior.

Se encuentra que las normas constitucionales transcritas son desarrolladas por la Ley 4 de 1992, cuyo articulado en lo pertinente dispone:

“Artículo 10. Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

Artículo 12. El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.

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

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

Al respecto, la Sección Segunda de la Corporación interpreta que:

“De las normas previamente transcritas, es posible deducir que la competencia en materia de prestaciones sociales de los empleados de las entidades territoriales, se encuentra radicada en cabeza del Presidente de la República, de conformidad con los parámetros que estableció el legislador en la Ley 4 de 1992.

Por su parte, respecto del régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, el artículo 12 ibídem estableció que el Gobierno Nacional señalará el límite máximo de estos servidores, guardando las equivalencias con cargos similares del orden nacional, dicha determinación si bien incide en las facultades de las autoridades del orden territorial, por ningún motivo las cercena, pues dichas autoridades fijarán las escalas de remuneración, en tratándose de Asambleas y Concejos, y sus emolumentos, por los Gobernadores y Alcaldes.

De acuerdo con lo anterior, existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de las mencionadas entidades, esto es: el Congreso de la República que señala los principios y parámetros que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional, para fijar los límites máximos en los salarios de estos servidores; en tanto que las Asambleas y los Concejos, fijarán las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, y los Gobernadores y Alcaldes, sus emolumentos, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las Asambleas y los Concejos, emolumentos que en ningún caso podrán desconocer los topes máximos que para el efecto fijó el Gobierno Nacional.

(...)

Siendo así, la competencia para crear o suprimir un emolumento o factor prestacional o salarial no se encuentra radicada en las autoridades y corporaciones territoriales, pues a éstas les está permitido únicamente la determinación de la escala salarial y sus emolumentos dentro de la competencia concurrente que tienen con el Gobierno Nacional y el Congreso de la República.”⁵

B. Normativa especial para los docentes

⁵ Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 9 de abril de 2014. Radicación 2005-00351.

La Ley 115 de 1994 “[p]or la cual se expide la ley general de educación” reza:

“Artículo 115. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.

En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.

Artículo 175. Pago de salarios y prestaciones de la educación estatal. Con los recursos del situado fiscal y demás que se determinen por ley, se cubrirá el gasto del servicio educativo estatal, garantizando el pago de salarios y prestaciones sociales del personal docente, directivo docente y administrativo de la educación estatal en sus niveles de educación preescolar, básica (primaria y secundaria) y media. Estos recursos aumentarán anualmente de manera que permitan atender adecuadamente este servicio educativo.

Parágrafo. El régimen salarial de los educadores de los servicios educativos estatales de los órdenes departamental, distrital o municipal se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979, la Ley 4a de 1992 y demás normas que los modifiquen y adicionen.”

Es así que en el Decreto 2277 de 1979 “[p]or el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente” se lee:

“Artículo 9. Creación de grados. Establécese el escalafón nacional docente para la clasificación de los educadores, el cual estará constituido por catorce grados en orden ascendente, del 1 al 14.

(...)

Artículo 36. Derechos de los educadores. Los educadores al servicio oficial gozarán de los siguientes derechos:

(...)

b) Percibir oportunamente la remuneración asignada para el respectivo cargo y grado del Escalafón; (...)”

En cuanto a la Ley 4 de 1992 sus artículos pertinentes, es decir el 10 y el 12, aparecen transcritos en acápite anterior.

C. La excepción de inconstitucionalidad

Es menester garantizar en todo momento que el contenido y fuerza obligatoria de la Constitución no sean alterados por normas de inferior categoría.⁶

De allí la existencia del principio de supremacía constitucional que implica que toda actuación que se adelante dentro del Estado de Derecho está sometida al orden jurídico y específicamente a la Constitución, la cual sirve de sustento a

⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2193 del 2 de octubre de 2014.

dicho orden. *“La Constitución no sólo es norma, sino la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior”*⁷, de donde se sigue también su aplicación directa.

El mencionado principio también supone que la Constitución establece el sistema de fuentes del derecho y, por lo mismo, es la *norma normarum*⁸. *“(…) En aquellos sistemas con constituciones escritas, siempre puede establecerse una distinción entre la norma constitucional y la legislación ordinaria; y luego entre la legislación y las normas dictadas en ejecución de la misma; pudiendo decirse que las normas que integran el ordenamiento jurídico siempre se organizan deliberada o espontáneamente en forma jerárquica, de manera que existen normas en un nivel superior que siempre prevalecen sobre otras normas de nivel inferior (…)”*⁹.

Ha dicho esta Sala¹⁰ que es consecuencia inevitable de la aplicación directa de la Constitución como norma de normas la hipótesis prevista en el artículo 4 Superior¹¹, en el sentido de que ante la existencia de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es la denominada excepción de inconstitucionalidad¹².

La excepción de inconstitucionalidad está condicionada a la existencia de una situación de incompatibilidad visible e indiscutible entre una norma Constitucional y una de inferior jerarquía, que obliga a preferir la primera en razón de su carácter fundante de todo el ordenamiento jurídico. Al respecto, ha señalado la Corte Constitucional:

*“En el sentido jurídico que aquí busca relievase, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe (…)”*¹³.

Esta exigencia se explica porque como ha dicho el mismo tribunal, la excepción de inconstitucionalidad, que busca preservar la supremacía de la norma superior, implica a su vez el sacrificio de otros principios constitucionales, como la presunción de constitucionalidad¹⁴ de la que gozan las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico y del deber de obediencia de unas y otras por parte de todas las autoridades (arts. 6 y 121 C.P); por tanto, su invocación requiere

⁷ García de Enterría, Eduardo. La constitución como Norma. Madrid. Editorial Civitas, 1985. Páginas 49 -50.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Parejo Alfonso, Luciano. El concepto del derecho administrativo. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Editorial Jurídica Venezolana, 2009. Segunda Edición, página 28.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1956 del 10 de septiembre 2009.

¹¹ Cuyo antecedente directo es el artículo 40 del acto legislativo 3 de 1910 (el cual quedó ubicado en la compilación constitucional de 1.945 en el artículo 215 de la Constitución Política, lugar en el que se mantuvo hasta la derogatoria de la Constitución de 1886), cuyo texto era el siguiente: *“En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”*.

¹² Para algunos autores de derecho constitucional, la mencionada excepción es una forma de control de constitucionalidad concreto y difuso. Cfr., HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. Poder y Constitución. Bogotá. Editorial Legis, 2001. Primera Edición, páginas 57 y s.s.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C – 600 de octubre 21 de 1998.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencias T-1015 de 2005 , C-803 de 2006. T-808 de 2007 y T-389 de 2009.

argumentos de plena evidencia de incompatibilidad que justifiquen sin asomo de duda la necesidad de apartarse en un caso concreto de normas de inferior jerarquía a la Constitución.¹⁵

También ha dicho esta Sala que, evidenciada la incompatibilidad, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad se convierte en un deber y deja de ser una simple posibilidad discrecional del operador jurídico.¹⁶

D. No hay derechos adquiridos en contravía de la Constitución

El artículo 58 de la Constitución establece:

“Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

*Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio.”
(Subraya la Sala)*

Se observa entonces, que si los derechos deben respetar las leyes civiles para que puedan ser considerados como adquiridos, mal podrían entonces ser garantizados aquellos que contrarían la Constitución Política en cuanto que es norma fundante del ordenamiento.

No puede afirmarse que una situación jurídica subjetiva se ha consolidado y que ha ingresado definitivamente al patrimonio de una persona, cuando ha sido creada desconociendo el régimen constitucional y legal que imperaba al momento de su definición, pues carece de un justo título.

En este punto es contundente el artículo de la Ley 4 de 1992:

“Artículo 10. Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.”

Ahora bien, alguna inquietud ha causado el concepto 1878 ACL del 13 de noviembre de 2008 proferido por esta Sala según el cual a decir de FECODE, las

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1956 de 2009.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1999 de 2010.

primas extralegales creadas por las asambleas departamentales generan derechos adquiridos.

Es preciso anotar que en ese concepto se efectuó el análisis bajo un supuesto muy especial consistente en que inicialmente el Consejo de Estado en sentencia del 25 de marzo de 1992 encontró que la Ordenanza 019 de 1981 expedida por la Asamblea de la Guajira se adoptó conforme al régimen constitucional y legal de competencias vigente al momento de su expedición - Constitución de 1886 - y que, posteriormente, el 6 de marzo de 2003, el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira declaró la nulidad de la misma ordenanza por falta de competencia, ya a la luz de la Constitución de 1991 y de la Ley 4 de 1992.

Es por ello que en el concepto 1878 ACL se concluyó que las primas de antigüedad reconocidas antes de la sentencia que declaró la nulidad de la Ordenanza 019 de 1981 constituyen situaciones consolidadas a favor de sus titulares, pero solamente en ese evento.

En consecuencia, del aludido concepto no puede concluirse que en todos los casos las asignaciones salariales creadas por las asambleas departamentales o los concejos municipales constituyen derechos adquiridos.

Es más, con posterioridad al concepto es abundante la jurisprudencia en la que el Consejo de Estado ha decidido que las asignaciones salariales creadas a partir del Acto Legislativo 01 de 1968 por las autoridades territoriales son contrarias al ordenamiento jurídico.¹⁷

E. El no reintegro de las sumas de dinero recibidas de buena fe

El artículo 83 de la Constitución Política dispone que “[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas”.

Asimismo, el artículo 164, numeral 1, literal c) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé que “no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.”¹⁸

En este punto es preciso tener en cuenta que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha concluido que la adopción general e impersonal de un régimen, y su aplicación genérica, en principio llevan a que sus beneficiarios lo entiendan como ajustado a la legalidad, independientemente de que dicho régimen haya sido inclusive controvertido judicialmente.¹⁹

Adicionalmente es menester anotar que la jurisprudencia y la doctrina se han inclinado por proteger el derecho de aquellos docentes que han percibido dineros en virtud de primas creadas por las asambleas y concejos, con base en la confianza de que les estaban siendo pagados legalmente.

¹⁷ Ver entre otras: Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección B. Sentencia del 8 de septiembre de 2016. Radicación 2014-00018, Subsección A. Sentencia del 3 de marzo de 2016. Radicado 2004-03001, Subsección B. Sentencia del 4 de febrero de 2016. Radicado 2010 - 02266,

¹⁸ Ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2195 de 2014.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 19 de junio del 2008. Radicación número: 68001-23-15-000-2001-03315-02(0789-07).

Resulta entonces aplicable el principio de confianza legítima, cuyo desarrollo se debe en gran medida al derecho alemán a partir del fallo conocido como “la viuda de Berlín”.

Explica la doctrina que el Tribunal Superior en providencia del 14 de noviembre de 1956, posteriormente confirmada por el Tribunal Administrativo Alemán en sentencia del 25 de octubre de 1957, protegió la confianza de la viuda de un funcionario de la República Democrática Alemana a quien las autoridades le revocaron unilateralmente el derecho a percibir la pensión de jubilación de su difunto esposo, y consideró que no debía devolver las cantidades percibidas.

La autoridades exigían el reintegro de las sumas percibidas pese a que la mujer las venía recibiendo convencida de que su traslado de Berlín Oriental a Berlín Occidental no le ocasionaría problemas, pues así se le había comunicado por la autoridad competente.²⁰

En el caso de la consulta, la base de la confianza estaría constituida por la expedición de la normas que crean las primas extralegales -signo externo- que tiene la capacidad de inducir razonablemente a los administrados -docentes- a creer en la legalidad, estabilidad y regularidad de su situación jurídica.²¹

Desde luego que si la Administración considera que se le ha ocasionado un daño, y que en aras de proteger el patrimonio público debe obtener el reintegro de lo indebidamente pagado, podrá acudir al medio de control de reparación directa previsto en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, que claramente estipula que “las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública”.

F. Pago de primas extralegales

El artículo 356 de la Constitución Política regula el Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios, que reemplazó al Situado Fiscal, en los siguientes términos.

“Artículo 356. Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de los Departamentos, Distritos, y Municipios. Para efecto de atender los servicios a cargo de éstos y a proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación, se crea el Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios.

Los Distritos tendrán las mismas competencias que los municipios y departamentos para efectos de la distribución del Sistema General de Participaciones que establezca la ley.

Para estos efectos, serán beneficiarias las entidades territoriales indígenas, una vez constituidas. Así mismo, la ley establecerá como beneficiarios a los resguardos indígenas, siempre y cuando estos no se hayan constituido en entidad territorial indígena.

Los recursos del Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, dándoles prioridad al servicio de salud, los servicios de educación, preescolar, primaria,

²⁰ Valbuena Gabriel. La defraudación de la confianza legítima. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición 2008. Páginas 247 y 248.

²¹ Ver: ibídem. Páginas 159, 160 y 161.

secundaria y media, y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, garantizando la prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre.

Teniendo en cuenta los principios de solidaridad, complementariedad y subsidiariedad, la ley señalará los casos en los cuales la Nación podrá concurrir a la financiación de los gastos en los servicios que sean señalados por la ley como de competencia de los departamentos, distritos y municipios.

La ley reglamentará los criterios de distribución del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos, y Municipios, de acuerdo con las competencias que le asigne a cada una de estas entidades; y contendrá las disposiciones necesarias para poner en operación el Sistema General de Participaciones de éstas, incorporando principios sobre distribución que tengan en cuenta los siguientes criterios:

a) Para educación, salud y agua potable y saneamiento básico: población atendida y por atender, reparto entre población urbana y rural, eficiencia administrativa y fiscal, y equidad. En la distribución por entidad territorial de cada uno de los componentes del Sistema General de Participaciones, se dará prioridad a factores que favorezcan a la población pobre, en los términos que establezca la ley.

b) Para otros sectores: población, reparto entre población y urbana y rural, eficiencia administrativa y fiscal, y pobreza relativa.

No se podrá descentralizar competencias sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas.

Los recursos del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos, y Municipios se distribuirán por sectores que defina la ley.

El monto de recursos que se asigne para los sectores de salud y educación, no podrá ser inferior al que se transfería a la expedición del presente acto legislativo a cada uno de estos sectores.

La ciudad de Buenaventura se organiza como Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico. Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determine la Constitución y las leyes especiales, que para el efecto se dicten, y en lo no dispuesto en ellas, las normas vigentes para los municipios.

El Gobierno Nacional definirá una estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto ejecutado por las entidades territoriales con recursos del Sistema General de Participaciones, para asegurar el cumplimiento de metas de cobertura y calidad. Esta estrategia deberá fortalecer los espacios para la participación ciudadana en el control social y en los procesos de rendición de cuentas.

Para dar aplicación y cumplimiento a lo dispuesto en el inciso anterior, el Gobierno Nacional, en un término no mayor a seis (6) meses contados a partir de la expedición del presente acto legislativo, regulará, entre otros aspectos, lo pertinente para definir los eventos en los cuales está en riesgo la prestación adecuada de los servicios a cargo de las entidades territoriales, las medidas que puede adoptar para evitar tal situación y la determinación efectiva de los correctivos necesarios a que haya

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *El Gobierno deberá presentar el proyecto de ley que regule la organización y funcionamiento del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos, y Municipios, a más tardar el primer mes de sesiones del próximo período legislativo.”*

Por su parte las 2 últimas leyes que han adoptado los planes nacionales de desarrollo han establecido:

Ley 1450 de 2011 “[p]or la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”, artículo 148:

“Artículo 148. Saneamiento de deudas. Con cargo a las apropiaciones y excedentes de los recursos del Sistema General de Participaciones, se pagarán las deudas que resulten del reconocimiento de los costos del servicio educativo ordenados por la Constitución y la ley, dejados de pagar o no reconocidos por el Situado Fiscal o el Sistema General de Participaciones al personal Docente y Administrativo, como costos acumulados en el Escalafón Nacional Docente, incentivos regulados en los Decretos 1171 de 2004 y 521 de 2010, homologaciones de cargos administrativos del sector, primas y otros derechos laborales, deudas que se pagarán siempre que tengan amparo constitucional y legal.

El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Educación Nacional validará las liquidaciones presentadas por las entidades territoriales y certificará los montos a reconocer y pagar.

Cuando no exista suficiente apropiación o excedentes para cubrir los costos establecidos en el presente artículo, la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público– concurrirá subsidiariamente con recursos del Presupuesto General de la Nación para cubrir el pago de las deudas certificadas por el Ministerio de Educación Nacional, mediante la suscripción de acuerdos de pago, previa la celebración por parte de las entidades territoriales correspondientes de un encargo fiduciario a través del cual se efectúen los pagos.

Previo a la celebración de los acuerdos de pago, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuará los cruces de cuentas que sean necesarios entre las deudas del sector educativo de las entidades territoriales y la Nación.”²²

Ley 1753 de 2015 “[p]or la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, artículo 59:

“Artículo 59. Fondo de financiamiento de la infraestructura educativa preescolar, básica y media. Créase el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Preescolar, básica y media, sin personería jurídica, como una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional.

Con cargo a los recursos administrados por el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Preescolar, básica y media, se asumirán los costos en que se incurra para el manejo y control de los recursos, los gastos de operación del fondo, y cualquier otro contrato que se requiera para la estructuración, desarrollo e implementación de esquemas necesarios para lograr la ejecución de los proyectos del Plan Nacional de Infraestructura Educativa.

El Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa será administrado por una Junta cuya estructura y funcionamiento será definida por el Gobierno nacional.

Los recursos del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Preescolar, básica y media provendrán de las siguientes fuentes:

a) *Los recursos provenientes del recaudo establecido en el artículo 11 de la Ley 21 de 1982, destinados al Ministerio de Educación Nacional.*

²² Según el artículo 267 de la Ley 1753 de 2015, este artículo está vigente.

b) Las partidas que se le asignen en el Presupuesto Nacional y estén contenidas en el Marco Fiscal de Mediano Plazo y el Marco de Gastos de Mediano Plazo.

c) Los rendimientos financieros derivados de la inversión de sus recursos.

Así mismo, los proyectos de infraestructura educativa que se desarrollen a través del Fondo, podrán contar con recursos provenientes de:

d) El Sistema General de Regalías destinados a la infraestructura educativa, en los casos en que el OCAD designe al Ministerio de Educación Nacional como ejecutor de los mismos.

e) Los recursos de cooperación internacional o cooperación de privados que este gestione o se gestionen a su favor.

f) Aportes de los departamentos, distritos y municipios.

g) Participación del sector privado mediante proyectos de Asociaciones Público-Privadas.

h) Excedentes de los recursos del Sistema General de Participaciones en Educación de las entidades territoriales certificadas en las vigencias anteriores, una vez garantizados los recursos para: 1) saneamiento de deudas, incluyendo las deudas laborales, que resulten del reconocimiento de los costos del servicio educativo siempre que tengan amparo constitucional y legal y estén certificadas por el Ministerio de Educación y la prestación del servicio educativo; y 2) el pago de nómina y contratación de la prestación del servicio educativo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 715 de 2001 y las normas reglamentarias correspondientes.

En caso de que un proyecto priorizado por la Junta Administradora involucre cualquiera de los recursos de que tratan los literales d), e), f), g) y h) del presente artículo, con cargo al Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa se podrán constituir patrimonios autónomos que se regirán por normas de derecho privado en donde podrán confluir todas las fuentes de recursos con las que cuenten los proyectos. Dichos Patrimonios Autónomos, podrán celebrar operaciones de crédito interno o externo a su nombre, para lo cual la Nación podrá otorgar los avales o garantías correspondientes.

PARÁGRAFO. Todo proyecto sufragado por el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa deberá contemplar obligatoriamente los ajustes razonables para acceso a la población con discapacidad de que trata la Ley Estatutaria 1618 de 2013.” (Subraya la Sala)

Este recuento normativo permite arribar a las siguientes conclusiones: i) Las deudas del servicio educativo deben ser cubiertas con recursos del Sistema General de Participaciones y en su defecto con el Presupuesto General de la Nación (en el último caso previa suscripción de acuerdos de pago entre la Nación y las entidades territoriales correspondientes), ii) Las deudas deben tener “*amparo constitucional y legal*” y iii) El Ministerio de Educación Nacional tiene la función de validar y certificar los montos por reconocer y la de pagar las deudas de la educación.

G. Caso concreto

Se procederá al análisis en el orden cronológico planteado en el literal A del concepto.

i) Primas extralegales creadas para los docentes antes del Acto Legislativo 01 de 1968

Como se explicó, antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 1968, tanto la ley como la jurisprudencia del Consejo de Estado reconocían la competencia de las asambleas departamentales para crear asignaciones salariales de los empleados de sus departamentos.

En tal virtud dichas asignaciones son ajustadas a derecho y deberán ser pagadas a los servidores de la educación que las devenguen, hasta cuando se produzca su retiro.

Ahora bien, por ser emolumentos creados con amparo constitucional y legal, deben ser cubiertos con recursos del Sistema General de Participaciones y en su defecto con el Presupuesto General de la Nación previa validación y certificación del Ministerio de Educación Nacional.

ii) Primas extralegales creadas para los docentes después del Acto Legislativo 01 de 1968 y antes de la Constitución de 1991

Para este período la jurisprudencia de la Sección Segunda y la doctrina de esta Sala del Consejo de Estado han concluido al unísono que es claro que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de todos los niveles no podía ser creado por acuerdos y ordenanzas y que a las asambleas departamentales solamente les estaba asignada la competencia para determinar las escalas salariales, pero no para crear derechos de tal entidad.

En consecuencia, las normas departamentales que crearon primas extralegales contrariaban la Constitución Política de manera evidente, lo que implica para el operador jurídico, en este caso la Administración, la obligación de inaplicarlas por inconstitucionales.

Entonces, sin asomo de duda es menester acudir a la excepción de inconstitucionalidad y ante la incompatibilidad de las ordenanzas con la norma de normas, debe prevalecer la supremacía constitucional.

No sobra advertir que el Decreto 2277 de 1979 “[p]or el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, se limitó a establecer el escalafón y de ninguna manera autorizaba a las asambleas para crear asignaciones laborales.

En suma, las primas extralegales establecidas por las asambleas departamentales a partir del Acto Legislativo 1 de 1968 no pueden ser pagadas pues carecen de amparo constitucional y legal.

iii) Primas extralegales creadas para los docentes después de la Constitución Política de 1991

La Constitución establece una competencia concurrente para establecer el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, pues el Congreso de la

República señala los parámetros que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional para fijar los límites máximos en los salarios, mientras que las asambleas y los concejos fijan las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias.

Ha dicho la jurisprudencia que la facultad constitucional otorgada a las asambleas para fijar las escalas de remuneración es de índole eminentemente técnica y no comprende la competencia para crear salarios o factores salariales, y se limita a la agrupación y clasificación de empleos del nivel departamental, y que no es posible pretender el reconocimiento de remuneraciones salariales creadas mediante ordenanzas y decretos departamentales, por cuanto tales actos resultan contrarios al ordenamiento superior.²³

Así las cosas, las primas extralegales establecidas por las asambleas departamentales en vigencia de la Constitución de 1991 tampoco pueden ser pagadas pues carecen de amparo constitucional y deberá aplicarse la excepción de inconstitucionalidad.

Sin embargo, los dineros percibidos por los docentes y originados en los conceptos aludidos desde que entró a regir el Acto Legislativo 1 de 1968 y aun hoy bajo la Constitución de 1991, en principio no deben ser reintegrados pues se entienden recibidos de buena fe.²⁴

En todo caso si la Administración considera que se debe obtener el reintegro de lo indebidamente pagado, podrá acudir al medio de control de reparación directa.

III. La Sala RESPONDE:

1. En Relación con las primas extralegales creadas para los docentes antes del Acto Legislativo 01 de 1968:

1.1. ¿Los actos administrativos proferidos por las corporaciones o las autoridades territoriales que crearon asignaciones salariales antes de diciembre de 1968 hasta cuándo son aplicables y surten efectos fiscales para el reconocimiento y pago de las primas que crearon?

1.2. ¿Cuáles funcionarios pueden ser beneficiarios de estas asignaciones salariales y hasta cuándo debe ir ese beneficio?

Por su unidad temática se responden las preguntas 1.1 y 1.2.

Las asignaciones salariales creadas por ordenanzas antes del Acto Legislativo 01 de 1968 son ajustadas a derecho y deberán ser pagadas a los servidores de la educación a cuyo favor hayan sido legalmente decretadas, hasta cuando se produzca su retiro.

1.3. ¿Con cargo a qué recursos presupuestales se deben pagar los valores que resulten del reconocimiento de primas extralegales creadas con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 1968?

Por ser emolumentos creados con amparo constitucional y legal, deben ser cubiertos con recursos del Sistema General de Participaciones y en su defecto con

²³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 24 de mayo de 2012 Radicación 2008-00551 y Sentencia del 29 de enero de 2015. Radicación 2003-01721.

²⁴ Ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2195 de 2014.

el Presupuesto General de la Nación, previa validación y certificación del Ministerio de Educación Nacional.

2. Respecto a las primas extralegales creadas para los docentes después del Acto Legislativo 01 de 1968 y antes de la Constitución de 1991:

2.1. Teniendo en cuenta la expedición y lo establecido por el Decreto 2277 de 1979 ¿hasta cuándo estuvieron vigentes y produjeron efectos fiscales los actos administrativos que crearon asignaciones salariales para docentes y directivos docentes expedidos con anterioridad a ese Decreto?

2.2. En atención a la expedición y lo establecido por la Ley 4 de 1992, ¿hasta cuándo estuvieron vigentes y produjeron efectos fiscales los actos administrativos que crearon asignaciones salariales para docentes y directivos docentes expedidos con anterioridad a esa Ley?

2.3. En consideración a la expedición y lo establecido por la Ley 115 de 1994, ¿hasta cuándo estuvieron vigentes y produjeron efectos fiscales los actos administrativos que crearon asignaciones salariales para docentes y directivos docentes expedidos con anterioridad a esa Ley?

Se responden las preguntas 2.1, 2.2, y 2.3.

Para el período transcurrido desde la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 1968 hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, es claro que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de todos los niveles no podía ser creado por acuerdos y ordenanzas y que a las asambleas departamentales solamente les estaba asignada la competencia para determinar las escalas salariales.

Por tal razón las normas departamentales que crearon primas extralegales contrariaban la Constitución Política de manera evidente, lo que implica para la Administración la obligación de aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

2.4. Si los actos administrativos que crearon asignaciones salariales antes de la Constitución Política de 1991, de la Ley 4 de 1992 y de la Ley 115 de 1994 nacieron a la vida jurídica y produjeron efectos por un tiempo determinado, ¿cuáles educadores pueden ser beneficiarios de estas asignaciones salariales y hasta cuándo debe ir este beneficio?

Ningún educador podía ni puede ser beneficiario de asignaciones salariales creadas en oposición a la Constitución.

No obstante, los dineros percibidos por los docentes desde que entró a regir el Acto Legislativo 1 de 1968, en principio no deben ser reintegrados pues se entienden recibidos de buena fe.

2.5. En caso de ser necesario, ¿con cargo a qué recursos presupuestales se deben pagar los valores que resulten del reconocimiento de primas extralegales expedidas después del Acto Legislativo 01 de 1968 y antes de la Constitución de 1991?

Por ser asignaciones sin amparo constitucional, no pueden ser pagadas por el Estado.

3. Sobre las primas extralegales creadas para los docentes después de la Constitución Política de 1991:

3.1. ¿Debe la administración nacional, departamental o municipal pagar primas extralegales solicitadas con fundamento en actos administrativos expedidos después de la Constitución de 1991 por corporaciones o autoridades territoriales?

Las primas extralegales creadas por corporaciones o autoridades territoriales no pueden ser pagadas pues carecen de amparo constitucional.

3.2. ¿Qué herramientas jurídicas pueden utilizarse para no incurrir en el pago de lo no debido en virtud de las reclamaciones de la pregunta anterior?

Para evitar el pago de lo no debido, la Administración debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de los actos expedidos por las autoridades territoriales que crearon las denominadas primas extralegales.

3.3. En caso de haberse realizado algún pago, ¿es legalmente posible recuperar esos recursos?, y, ¿cuáles mecanismos o herramientas jurídicas puede utilizar la respectiva entidad para recuperarlos?

Los dineros percibidos por los docentes y originados en los conceptos aludidos desde que entró a regir la Constitución de 1991, en principio no deben ser reintegrados pues se entienden recibidos de buena fe.

En todo caso, si la Administración considera que se debe obtener el reintegro de lo indebidamente pagado, podrá acudir al medio de control de reparación directa.

3.4. En caso de que deban reconocerse valores con fundamento en los mencionados actos administrativos, ¿con cargo a qué recursos se deben pagar?

Por ser asignaciones sin amparo constitucional no pueden ser pagadas por el Estado.

Remítase a la señora Ministra de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ

Presidente de la Sala

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS

Consejero de Estado

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR

Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS

Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala