

DOCENTE NACIONALIZADO – Sobresueldo de 20% / SOBRESUELDO – Ordenanza N° 023 de 1959 / SOBRESUELDO – Naturaleza jurídica / SOBRESUELDO DE 20% - es un elemento salarial / SOBRESUELDO DE 20% - Creado para docentes con 20 años de servicio y que no tengan la edad para adquirir la pensión de jubilación

Las prestaciones sociales se crearon de manera general para todos los trabajadores o un grupo considerable de ellos. El salario por su parte, se estima frente a casos particulares y concretos, atendiendo criterios objetivos como la naturaleza del cargo que depende de la responsabilidad y complejidad del mismo; y subjetivos, determinados por la persona que desempeña el empleo en donde se valora entre otras circunstancias, la capacidad, nivel académico o experiencia del empleado. Cada régimen prestacional determina qué factores salariales se tienen en cuenta para liquidar las prestaciones sociales. De acuerdo con lo anterior, la Subsección concluye que el sobresueldo del 20% establecido por la Ordenanza Departamental núm. 23 de 1959, corresponde a un elemento salarial, creado solamente para aquellos docentes con 20 años de servicios que no hayan cumplido la edad exigida para adquirir la pensión de jubilación, según la ley, y que se paga mensualmente en cuantía del 20% del sueldo, pues creó un incremento salarial o sobresueldo que remunera directamente la relación laboral (la cual no puede considerarse como prestación social, porque éstas son las destinadas a cubrir riesgos). Establecido como está, que el sobresueldo que se reclama en este asunto es de naturaleza salarial, se estudiará lo relacionado con la competencia para la fijación de dichos emolumentos para la época de expedición del acto que la creó, es decir, la Ordenanza núm. 023 de 1959.

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE BOYACA – Competencia para expedir Ordenanza N° 023 de 1959 que creó un sobresueldo / ORDENANZA N° 023 DE 1959 – Cuando fue creado el sobresueldo la asamblea departamental gozaba de plena facultades / REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE EMPLEADOS TERRITORIALES – Antes del Acto Legislativo 1 de 1968 las asambleas departamentales podían fijar los sueldos de empleados territoriales

Posteriormente, se profirió el Acto Legislativo núm. 3 de 1910, que modificó la Constitución, en el que se estableció expresamente que las Asambleas podían fijar "...el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos", facultad que fue ratificada por la Ley 4ª de 1913 y reiterada a través del Acto Legislativo 1º de 1945. Posteriormente, el Acto Legislativo núm. 1º de 1968 indicó que las escalas de remuneración debían ser establecidas por el Congreso en el orden nacional, por las Asambleas en el Departamental y por los Concejos en el local, y las de emolumentos, serían fijadas por el Presidente de la República y el Gobernador, respectivamente. Además modificó el artículo 76 de la Constitución Política, y señaló en el numeral 9º, que el régimen prestacional de los empleados del orden nacional, fuera de competencia única y exclusiva del Congreso. Como se observa, con la expedición del Acto Legislativo señalado, ocurrió una modificación en las competencias para la fijación del régimen salarial de los empleados públicos, sin embargo, en el sector territorial las asambleas conservaron la competencia de fijar "las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de los empleos". En este orden de ideas, se concluye que el empleado vinculado después del año 1968, debe someterse 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, sin embargo, y en consideración a que la Ordenanza 023 fue expedida en el año 1959, debe atenderse el contexto normativo para aquella época. En efecto, la

Corte Constitucional señaló: “[...] la valoración del ejercicio de una competencia, esto es, la definición acerca de si un órgano estatal obró o no de conformidad con las reglas que la fijan, debe hacerse necesariamente mediante el cotejo con los preceptos vigentes al tiempo en que se efectivizó, dado que por constituir éstos su fuente de validez son los que determinan la regularidad de su ejercicio. [...]” Así las cosas, cuando la Asamblea de Boyacá expidió la Ordenanza núm. 23 de 1959 (f. 72 a 74), en la que reconoció a favor de los maestros el derecho a recibir el 20% de aumento sobre el sueldo básico devengado, siempre que hubieran trabajado 20 años y no tuvieran edad de pensión, gozaba de plenas facultades en los términos de la Constitución de 1886 y sus actos modificatorios, para regular el régimen salarial y prestacional de los empleados territoriales.

FUENTE FORMAL: ACTO LEGISLATIVO N° 3 DE 19101 / LEY 4 DE 1913 / ACTO LEGISLATIVO N° 1 DE 1945 / ACTO LEGISLATIVO N° 1 DE 1968

ORDENANZA N° 023 DE 1959 – No es aplicable a los docentes nacionalizados / DOCENTES – Vinculados después al proceso de nacionalización / DOCENTE NACIONALIZADO – No le es aplicable ningún régimen de carácter territorial / SOBRESUELDO DE 20% - No le es aplicable ningún régimen de carácter territorial

Del proceso de nacionalización al que se vio avocada la educación en 1975, el régimen prestacional y salarial de los docentes quedó a cargo de la nación, lo que hacía inaplicable cualquier régimen salarial del orden territorial, pues dichos servidores entraron a registrarse por lo señalado en el Decreto 715 de 1978. (...) De lo anterior se colige, que a aquellos docentes que se vincularon con posterioridad al proceso de nacionalización que inició con la expedición de la Ley 43 de 1975, no les es aplicable ningún régimen de carácter territorial. A lo anterior se agrega que el Decreto núm. 715 de 1978, que fijó las asignaciones básicas mensuales correspondientes a las distintas categorías del magisterio, dispuso: “ARTICULO 1. CAMPO DE APLICACIÓN. Las escalas de remuneración establecidas en el presente Decreto regirán para el personal docente, de enseñanza primaria, y secundaria que depende del Ministerio de Educación Nacional y presta servicios en los planteles nacionales y en los nacionalizados por la Ley 43 de 1975 y sus decretos reglamentarios. ARTICULO 15. DE LA VIGENCIA. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición y deroga las disposiciones que le sean contrarias.” Además, en el artículo 11 ibídem fijó una prohibición expresa para las autoridades territoriales, y para las juntas administradoras de los Fondos Educativos Regionales, de modificar el régimen de remuneración y el correspondiente a prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados con el Ministerio de Educación Nacional. Se infiere que los docentes del nivel nacional al no tener vinculación con las entidades territoriales, no podían beneficiarse de las disposiciones de dichos entes, por ende, la anterior prohibición está dirigida a los docentes del nivel nacionalizado, vinculados con posterioridad a la expedición de la Ley 43 de 1975. En ese orden de ideas, no puede decirse que la Ordenanza núm. 023 de 1959 sea aplicable a los docentes nacionalizados vinculados con posterioridad a la expedición de la Ley 43 de 1975. Conclusión: La Ordenanza núm. 23 de 1959, a través de la cual se creó para los docentes del Departamento de Boyacá que cumplan 20 años de servicios, sin edad para pensionarse, un aumento del 20% sobre su sueldo básico, no es aplicable a los docentes nacionalizados vinculados con posterioridad a la expedición de la Ley 43 de 1975. (...) En el presente asunto, a folio 56 obra certificación de servicios de la señora Graciela Mondragón Vaca, en la que consta que fue nombrada en propiedad como “Nacionalizado en forma continua” mediante Decreto 152 del 11 de febrero de 1981 en la Escuela

Villa Humberto en Somondoco (Boyacá). (...) Por consiguiente, no puede ser acreedora del sobresueldo creado por la Ordenanza núm. 023 de 1959, debido a que esta norma es de carácter territorial y por ende inaplicable a los docentes vinculados con posterioridad al proceso de nacionalización que inició con la Ley 43 de 1975 y se perfeccionó el 1º de enero de 1981, tal como se informó por el Ministerio de Educación Nacional por medio del oficio núm. 2005EE27126 del 27 de junio de 2005. (...) La señora Graciela Mondragón Vaca no tiene derecho al reconocimiento y pago del sobresueldo contenido en la Ordenanza núm. 023 de 1959, debido a que se vinculó a la docencia, el 11 de febrero de 1981, esto es, con posterioridad al proceso de nacionalización de que trata la Ley 43 de 1975.

FUENTE FORMAL: DECRETO 715 DE 1978 – ARTICULO 1 / DECRETO 715 DE 1978 – ARTICULO 11 / DECRETO 715 DE 1978 – ARTICULO 15 / LEY 43 DE 1975

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ

Bogotá, D. C., tres (03) de marzo de 2016. SE 018

Radicación número: 15001-23-31-000-2004-03001-01(1027-08)

Actor: GRACIELA MONDRAGÓN VACA

Demandado: Departamento de Boyacá

Referencia: Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho– Decreto 01 de 1984

La Subsección conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que negó las pretensiones de la demanda presentada por Graciela Mondragón Vaca contra el Departamento de Boyacá.

ANTECEDENTES

La señora Graciela Mondragón Vaca, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó al Departamento de Boyacá.

Pretensiones

1. Se declare la nulidad del oficio núm. D.J. 1798 del 27 de abril de 2004, proferido por el Secretario de Educación del Departamento de Boyacá, mediante el cual se negó a la actora el reconocimiento, liquidación y pago del 20% de sobresueldo.
2. A título de restablecimiento del derecho, se ordene al Departamento de Boyacá se reconozcan los valores correspondientes al 20% de salario adicional, por haber laborado 20 años de servicios y no haber cumplido aún la edad para obtener la pensión de jubilación, e igualmente se condene a la parte demandada a reajustar, liquidar y pagar a su favor, todas las prestaciones sociales y demás acreencias laborales a que tiene derecho, incluyendo el porcentaje correspondiente al sobresueldo del 20% sobre la asignación básica.
3. Se ordene el ajuste de las cantidades líquidas de dinero que resulten de la condena y a su vez, a reconocer y pagar los intereses de mora, conforme lo dispuesto por el artículo 177 del C.C.A.
4. Se cumpla la sentencia en los términos indicados en el Código Contencioso Administrativo.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

1. La señora Graciela Mondragón Vaca ha venido laborando en forma continua como docente al servicio del Departamento de Boyacá, por más de 20 años.
2. La Asamblea Departamental de Boyacá a través de Ordenanza núm. 23 del 9 de diciembre de 1959, en el artículo 20 dispuso que los maestros de escuela con veinte años de servicios y que aún no tuvieran la edad requerida por la ley para jubilarse, tendrían derecho a un 20% de aumento sobre su sueldo básico.
3. El 15 de diciembre de 1995, la Asamblea Departamental de Boyacá expidió la Ordenanza núm. 048, por medio de la cual derogó la Ordenanza núm. 23 de 1959, sin embargo, protegió los derechos adquiridos por los docentes en vigencia de la norma derogada.

4. Posteriormente, se expidió el Decreto núm. 00250 del 15 de marzo de 1996, mediante el cual se estableció que para efectos de la Ordenanza núm. 48 de 1995, se entiende por derechos adquiridos las formas vigentes de liquidar y pagar el salario de los docentes nacionalizados y departamentales vinculados hasta el 31 de diciembre de 1995, que habiendo trabajado 20 años al servicio de la educación, no tengan la edad requerida para la pensión de jubilación, tendrán el derecho a recibir un 20% de aumento sobre el sueldo básico mensual.
5. El 2 de abril de 2004, la actora solicitó al Departamento de Boyacá, reconocer y pagar a su favor el sobresueldo consistente en un 20% sobre la asignación básica mensual, el cual fue negado mediante oficio núm. D.J. 1798 del 27 de abril de 2004.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política y 2º de la Ley 4 de 1992.

Como concepto de violación expuso que con la expedición del acto demandado se vulneraron los derechos a la igualdad, debido proceso, trabajo y consecuentemente a la dignidad humana, toda vez que aunque se cumplen los requisitos para acceder al aumento del 20% sobre la asignación básica, esto es, haberse vinculado como docente antes del 31 de diciembre de 1995, tener veinte años de servicio y no tener la edad para acceder a la pensión, este porcentaje no le ha sido reconocido.

Indicó que aunque la Corte Constitucional en sentencia T-098 de 1997 manifestó que no es posible hacer distinciones entre los trabajadores según el régimen que los cobija en relación a una misma prestación social, la entidad demandada ha dado un trato desigual a los docentes, al reconocer el sobresueldo del 20% a unos y a otros no.

Así mismo, insistió que conforme lo establece el artículo 58 constitucional, la Ley 4ª de 1992, la Ordenanza 48 de 1995, y los Decretos 250 y 463 de 1996, la demandante se encuentra frente a una situación jurídica que no puede ser ignorada por el Departamento, pues el 20% reclamado es un derecho subjetivo que ingresó a su patrimonio y por ende debe ser respetado en los términos de la teoría de los derechos adquiridos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

-Departamento de Boyacá (f. 33 a 40)

Se opuso a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

El oficio núm. D.J. 1798 del 27 de abril de 2004 fue proferido en cumplimiento de las normas vigentes que establecen que el régimen salarial y prestacional es competencia del Congreso de la República a través de la ley o del ejecutivo mediante decreto. En tal virtud, el Departamento no puede imponer una carga salarial a la Nación máxime cuando la actora se vinculó al servicio con posterioridad al proceso de nacionalización de la educación.

Afirmó que no se ha desconocido ningún derecho adquirido, ya que el sobresueldo pretendido fue reconocido solo a los docentes vinculados antes de que se concluyera el proceso de nacionalización, es decir, que esta prima fue reconocida únicamente a los docentes departamentales y nacionalizados que ingresaron al servicio antes del 31 de diciembre de 1980.

Por último, solicitó inaplicar por inconstitucionales las normas departamentales invocadas en la demanda, debido a que las mismas fijaron una prima por fuera del marco de competencias establecidas en la Constitución Política.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Graciela Mondragón Vaca (f. 61 a 70)

Señaló que tal como lo expuso la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado a través de los conceptos 954 del 21 de febrero de 1997, 1393 del 18 de julio de 2002, 1518 y 1518 A de septiembre de 2003, entre otros, el salario no sólo es la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, esto es, primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, es decir, que el aumento del 20% sobre el jornal consagrado en la ordenanza departamental hace parte del salario.

Igualmente advirtió que dicha Sala determinó que hasta la expedición de la Constitución de 1991, las Asambleas Departamentales tenían la facultad de fijar el régimen salarial y prestacional de sus servidores públicos, motivo por el cual la Ordenanza núm. 23 de 1959 no es inconstitucional.

De igual forma, realizó un breve análisis sobre el sistema general de participaciones y su incidencia en el régimen salarial y prestacional de los docentes que laboran para las entidades territoriales. Y a su vez, manifestó que el reconocimiento del sobresueldo no contradice las normas que regulan dicho régimen, a saber, la Ley 43 de 1975, el Decreto 2277 de 1979, la Ley 91 de 1989, la Ley 4 de 1992, entre otras.

Finalmente, expresó que el Ministerio de Educación a través de la Circular núm. 021 de 2005 reconoció la obligación que tienen las entidades territoriales de pagar las prestaciones extralegales creadas por las ordenanzas o decretos departamentales a favor de los maestros.

Departamento de Boyacá (f. 75 a 79)

El apoderado del Departamento insistió en los argumentos expuestos en el escrito de contestación. Del mismo modo, manifestó que en proceso radicado bajo el núm. 2004-1293 el Tribunal Administrativo de Boyacá suspendió provisionalmente el Decreto 463 de 1996 proferido por el Gobernador de Boyacá, razón por la que los efectos jurídicos de esta norma y de los demás actos expedidos con base en él, se encuentran afectados por la figura del decaimiento.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Boyacá negó las súplicas de la demanda presentada por Graciela Mondragón Vaca, con fundamento en los siguientes argumentos:

Consideró que en atención a que las Ordenanzas 23 de 1959 y 54 de 1967 fueron derogadas por la Ordenanza 048 de 1995, estas no pueden ser fuente de derecho toda vez que dejaron de tener efectos en el mundo jurídico. De modo que estimó innecesario examinar si el sobresueldo del 20% constituía o no salario y si la norma que lo creó fue expedida por el órgano competente.

Tampoco se pronunció sobre el Decreto núm. 463 de 1996 a través del cual se reglamentó el artículo 2° de la Ordenanza núm. 48 de 1995, pues éste fue suspendido provisionalmente por el mismo Tribunal en auto del 31 de agosto de 2005. En estos términos, argumentó que sobre las normas señaladas no podría darse aplicación a la excepción de inconstitucionalidad.

De otro lado, señaló que si bien la Ordenanza núm. 48 de 1995, al consagrar la protección de los derechos adquiridos, generó el llamado fenómeno de ultractividad normativa, conforme al cual, por motivos razonables y objetivamente justificados se puede dar aplicación a la norma derogada, lo cierto es que la señora Mondragón Vaca no había consolidado ningún derecho que pudiera ser protegido, toda vez que desde la fecha de su vinculación al servicio del Departamento hasta el día en que se declaró la derogatoria de la Ordenanza núm. 23 de 1959, solo habían transcurrido 14 años.

Manifestó que la Corte Constitucional en sentencia C-314 de 2004 y el Consejo de Estado en sentencia del 8 de febrero de 1998, radicado núm. 8922, concluyeron que las situaciones jurídicas en materia laboral, en las que los supuestos fácticos no se han cumplido, o no han sido consolidados durante el tiempo de su vinculación, no constituyen derechos adquiridos sino meras expectativas o esperanzas de conseguir alguna cosa.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

Dentro de la oportunidad legal, la señora Graciela Mondragón Vaca, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el que fundamentó en lo siguiente:

En síntesis, ratificó los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión, e igualmente afirmó que se equivoca el A-quo al considerar derogadas las Ordenanzas núm. 023 de 1959 y 54 de 1967, pues la Constitución de 1886 permitía a los entes territoriales regular los salarios y prestaciones de sus servidores, motivo por el cual, para estudiar su legalidad, no puede darse aplicación a la Constitución de 1991, ni a la Ley 715 de 2001.

Al respecto, citó los artículos 66 de la Carta de 1886, los Actos Legislativos núm. 3 de 1910 y 1° de 1968, los artículos 7° de la Ley 165 de 1938, y 6° y 94 del Decreto

1222 de 1985, por medio de los cuales se facultó a las Asambleas para fijar no solo el número de empleados departamentales sino también sus sueldos.

Igualmente, invocó la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, en la que se ha señalado que el tránsito constitucional no trajo consigo la derogatoria en bloque de las normas jurídicas existentes al momento de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

Frente al punto expuso que como quiera que la norma constitucional vigente al momento de la expedición de la ordenanza departamental otorgaba competencia a las Asambleas para fijar los sueldos de los empleados del nivel departamental, no es viable, so pretexto del cambio de competencia previsto en materia del régimen salarial desde la reforma de 1968, restarle a dicho acto su validez y eficacia en el ordenamiento jurídico del cual forma parte, máxime si se considera que tampoco existe norma superior que proscriba la existencia de un beneficio como el creado a raíz de la ordenanza núm. 23 de 1959 a favor de los servidores públicos del nivel territorial. Resaltó que desconocer ello, como lo hace el acto demandado, viola directamente la Constitución y la Ley, debiendo procederse a su declaratoria de nulidad.

En tal virtud, solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia para que en su lugar, se concedan las pretensiones elevadas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Vencido el término legal, ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión.

MINISTERIO PÚBLICO

No hizo manifestación alguna.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en esta instancia, se resume en las

siguientes preguntas:

¿La Ordenanza núm. 023 de 1959 que reguló el 20% de aumento sobre el sueldo básico de los docentes, que habiendo trabajado 20 años, no tengan la edad requerida por la ley para jubilarse, es aplicable para los docentes nacionalizados?

¿La señora Graciela Mondragón Vaca tiene derecho al reconocimiento y pago del sobre sueldo de que trata la Ordenanza núm. 023 de 1959?

Primer problema jurídico

¿ La Ordenanza núm. 023 de 1959 que reguló el 20% de aumento sobre el sueldo básico de los docentes, que habiendo trabajado 20 años, no tengan la edad requerida por la ley para jubilarse, es aplicable para los docentes nacionalizados?

Para efectos de resolver la pregunta planteada la Subsección deberá definir: I) La naturaleza jurídica del sobresueldo del 20% reclamado. II) La competencia para la creación de factores salariales al momento de la expedición, tanto de la Ordenanza núm. 023 de 1959, como de la Ordenanza núm. 048 de 1995. III) La vigencia de la Ordenanza núm. 023 de 1959.

1. Naturaleza del Sobresueldo del 20%

En primer lugar, se dirá como lo ha sostenido la Subsección en anteriores oportunidades¹, que constituye salario todo lo que se paga directamente por la retribución o contraprestación del trabajo realizado, mientras que las prestaciones sociales se pagan con el fin de que el trabajador pueda sortear contingencias claramente identificables, como por ejemplo la vejez (pensión), la enfermedad (seguridad social de salud) y la capacidad para laborar (vacaciones).

Las prestaciones sociales se crearon de manera general para todos los trabajadores o un grupo considerable de ellos. El salario por su parte, se estima frente a casos particulares y concretos, atendiendo criterios objetivos como la naturaleza del cargo que depende de la responsabilidad y complejidad del mismo;

¹ En este sentido, ver entre otras: Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 21 de octubre de 2011, Radicación número: 52001-23-31-000-2003-00451-01(1016-09), Actor: SERAFÍN ROMO BURBANO Y OTROS, C.P: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

y subjetivos, determinados por la persona que desempeña el empleo en donde se valora entre otras circunstancias, la capacidad, nivel académico o experiencia del empleado².

Cada régimen prestacional determina qué factores salariales se tienen en cuenta para liquidar las prestaciones sociales.

De acuerdo con lo anterior, la Subsección concluye que el sobresueldo del 20% establecido por la Ordenanza Departamental núm. 23 de 1959, corresponde a un elemento salarial, creado solamente para aquellos docentes con 20 años de servicios que no hayan cumplido la edad exigida para adquirir la pensión de jubilación, según la ley, y que se paga mensualmente en cuantía del 20% del sueldo, pues creó un incremento salarial o sobresueldo que remunera directamente la relación laboral (la cual no puede considerarse como prestación social, porque éstas son las destinadas a cubrir riesgos).

Establecido como está, que el sobresueldo que se reclama en este asunto es de naturaleza salarial, se estudiará lo relacionado con la competencia para la fijación de dichos emolumentos para la época de expedición del acto que la creó, es decir, la Ordenanza núm. 023 de 1959.

2. Competencia para expedir la Ordenanza núm. 023 de 1959, que creó el sobresueldo del 20%

La Constitución de 1886 en el artículo 76 numerales 3º y 7º dispuso:

“Artículo 76.- Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

(...)

3. Conferir atribuciones especiales a las Asambleas Departamentales

(...)

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

(...)”

Por su parte, el artículo 187 ibídem, reprodujo la anterior disposición, así: *“Las Asambleas Departamentales, además de sus atribuciones propias, podrán ejercer*

² Artículo 13 del Decreto 1042 de 1978, artículo 2 Ley 4 de 1992.

otras funciones por autorización del Congreso.”

Posteriormente, se profirió el Acto Legislativo núm. 3 de 1910, que modificó la Constitución, en el que se estableció expresamente que las Asambleas podían fijar “...*el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos*”, facultad que fue ratificada por la Ley 4ª de 1913 y reiterada a través del Acto Legislativo 1º de 1945.

Posteriormente, el Acto Legislativo núm. 1º de 1968 indicó que las escalas de remuneración debían ser establecidas por el Congreso en el orden nacional, por las Asambleas en el Departamental y por los Concejos en el local, y las de emolumentos, serían fijadas por el Presidente de la República y el Gobernador, respectivamente. Además modificó el artículo 76 de la Constitución Política, y señaló en el numeral 9º, que el régimen prestacional de los empleados del orden nacional, fuera de competencia única y exclusiva del Congreso.

Como se observa, con la expedición del Acto Legislativo señalado, ocurrió una modificación en las competencias para la fijación del régimen salarial de los empleados públicos, sin embargo, en el sector territorial las asambleas conservaron la competencia de fijar “*las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de los empleos*”.

En este orden de ideas, se concluye que el empleado vinculado después del año 1968, debe someterse 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, sin embargo, y en consideración a que la Ordenanza 023 fue expedida en el año 1959, debe atenderse el contexto normativo para aquella época.

En efecto, la Corte Constitucional señaló: “[...] *la valoración del ejercicio de una competencia, esto es, la definición acerca de si un órgano estatal obró o no de conformidad con las reglas que la fijan, debe hacerse necesariamente mediante el cotejo con los preceptos vigentes al tiempo en que se efectivizó, dado que por constituir éstos su fuente de validez son los que determinan la regularidad de su ejercicio. [...].*”³

³ C-014 del 21 de enero de 1993. MP Ciro Angarita Barón

Así las cosas, cuando la Asamblea de Boyacá expidió la Ordenanza núm. 23 de 1959 (f. 72 a 74), en la que reconoció a favor de los maestros el derecho a recibir el 20% de aumento sobre el sueldo básico devengado, siempre que hubieran trabajado 20 años y no tuvieran edad de pensión, gozaba de plenas facultades en los términos de la Constitución de 1886 y sus actos modificatorios, para regular el régimen salarial y prestacional de los empleados territoriales.

3. Competencia para expedir la Ordenanza núm. 048 de 1995, que derogó la Ordenanza núm. 023 de 1959

La Constitución Política de 1991 en el artículo 150 estableció que le *“Corresponde al Congreso hacer las leyes... 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos: (...) e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública”*.

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

En estos términos, es claro que el cambio constitucional de 1991 distribuyó las competencias en materia salarial exclusivamente entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional, es así, que aquel, por medio de la ley, le determina a este los principios y parámetros que debe tener en cuenta para regular el mencionado régimen. Así pues, es atribución de las Asambleas Departamentales, los Gobernadores, Concejos Municipales y Alcaldes, determinar las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo y la fijación de los emolumentos de sus dependencias con sujeción a la ley, más no de establecer factores salariales.

Aclarado lo anterior y dado el cambio en el contexto constitucional en el tema de competencias en materia salarial, sería pertinente determinar si conforme lo expuesto, la Asamblea de Boyacá tenía competencia, o no, para proferir la

Ordenanza núm. 48 de 1995, no obstante, se advierte que esta Subsección⁴ ya realizó ese estudio y declaró su nulidad.

En dicha providencia esta Corporación manifestó:

"[...] resulta evidente que para el año 1995, cuando la Asamblea Departamental de Boyacá expidió la Ordenanza No. 48, sin duda, quebrantó el orden constitucional y legal, pues estas Corporaciones, en materia prestacional, nunca han tenido la facultad para modificar su régimen; ni la potestad en el ámbito salarial, para crear o eliminar elementos o factores salariales, pues su competencia desde el año 1968 fue otorgada para únicamente establecer las escalas salariales [...].

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

Sobre los efectos de las sentencias de nulidad, el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, dispuso:

"Artículo 175. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes.

La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero sólo en relación con la causa petendi juzgada.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios"

⁴ Sentencia del 24 de mayo de 2012. Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Actor: José Cristóbal Duarte Riaño, demandado: Departamento de Boyacá.

Sobre el tema, el doctor Juan Ángel Palacio Hincapié⁵ señaló que “[...] La sentencia que declara la nulidad del acto administrativo produce efectos erga omnes, por cuanto el acto declarado inválido sale del orden jurídico, de donde deviene que su efecto anulatorio favorece a todo el mundo.[...]” Motivo por el cual no podrá aplicarse en el sub lite.

Al respecto, esta Corporación⁶ ha precisado que cuando un acto ha sido modificado, derogado o subrogado por otro, ocasiona la cesación de sus efectos hacia el futuro (*ex nunc*), en tanto que, como el análisis de la legalidad del acto administrativo comprende la evaluación de sus requisitos esenciales a efecto de definir si nació válido a la vida jurídica, o no, su nulidad produce efectos invalidantes desde su nacimiento (*ex tunc*).

Lo anterior significa que la declaratoria de nulidad de la Ordenanza 048 de 1995 produjo efectos *ex tunc*, como quiera que fue proferida por una autoridad sin competencia para ello, y en consecuencia dejó de surtir efectos en el ordenamiento jurídico, y a su vez provocó que los Decretos 00250 y 463 de 1996, que le daban alcance a los derechos allí reconocidos, también quedarán sin efectos.

Con todo, es preciso dilucidar si la nulidad del acto que había derogado la Ordenanza núm. 023 de 1959, implica que esta última hubiera recobrado su vigencia y si además es aplicable a los docentes nacionalizados.

4. La Ordenanza núm. 23 de 1959

Al respecto, esta Subsección⁷ sostenía la tesis según la cual el porcentaje reconocido a los maestros a través de esta ordenanza, por ser un elemento salarial, y no haber sido modificado por el órgano competente, ni derogado con la transición constitucional de 1991, gozaba de plena validez y eficacia en el ordenamiento jurídico, lo que hacía posible su aplicación.

⁵ Juan Ángel Palacio Hincapié. (2002). Derecho PROCESAL Administrativo. Colombia: LIBRERIA JURIDICA SANCHEZ R. LTDA.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de marzo de 2007. Expediente 11542, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁷ *Ibidem*.

Fue así como en un caso análogo al presente, esta Subsección determinó que la norma que establecía el sobresueldo objeto de discusión se encontraba vigente y además que le es aplicable al docente nacionalizado, en síntesis, por lo siguiente:

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

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

En resumen, fuerza concluir lo siguiente: el derecho creado por la Ordenanza No. 23 de 1959, para los docentes del Departamento de Boyacá que cuentan con 20 años de servicios, sin edad para pensionarse, aún cuenta con plena validez y eficacia [...]”⁸

Sin embargo, se considera necesario replantear la anterior tesis, con fundamento en el siguiente razonamiento:

Con ocasión del proceso de nacionalización al que se vio avocada la educación en 1975, el régimen prestacional y salarial de los docentes quedó a cargo de la nación, lo que hacía inaplicable cualquier régimen salarial del orden territorial, pues dichos servidores entraron a regirse por lo señalado en el Decreto 715 de 1978⁹.

En este sentido, el Consejo de Estado en sentencia del 28 de junio de 2012, número interno: 2535-2007, manifestó:

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 10 de julio de 2008. Radicación número: 15001-23-31-000-2002-02573-01(2481-07), Actor: Ricardo Nel Ayala Becerra, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁹ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A”. Sentencia del 28 de junio de 2012. Actor: María Irma Sandoval de Tarazona, demandado: Departamento de Boyacá.

[...] En términos de la Ley 43 de 1975¹⁰, se nacionalizó el servicio público de la educación, es decir los establecimientos educativos y consigo las plantas de personal que estaban a cargo de los Departamentos, de las extintas Intendencias y Comisarías, del Distrito Especial de Bogotá y de los Municipios.

*La misma Ley 43 de 1975, dispuso que los nombramientos del nuevo personal en los planteles que se nacionalizaban los continuarían haciendo **los funcionarios que venían cumpliendo dicha función**, es decir, dependiendo del caso, los Alcaldes y Gobernadores a través de decretos departamentales y municipales, pero con cargo a la Nación. Asimismo, se ordenó al Gobierno Nacional expedir para ellos un **nuevo régimen salarial y prestacional, a través de un decreto ley** (artículo 1 y 11 *ibídem*).*

[...]

Fuerza concluir entonces, que existen dos clases de docentes nacionalizados: los que venían laborando en las plantas de los establecimientos territoriales y continuaron después de la Ley 43 de 1975, a quienes se les aplicaba un régimen salarial exclusivamente territorial; y los nuevos vinculados en las plantas ya nacionalizadas y nombrados en los precisos términos de la Ley 43 de 1975, es decir el nombrado en un establecimiento nacionalizado por una autoridad territorial pero con cargo a la nación.

Para lo que interesa en el proceso de marras y con lo expuesto en precedencia, queda claro que a los docentes vinculados en los establecimientos nacionalizados después de la Ley 43 de 1975, no les es aplicable ningún régimen salarial del orden territorial como lo pide la parte actora, sino en principio el Decreto Ley 715 de 1978¹¹, “Por el cual se fijan las asignaciones básicas mensuales correspondientes a las distintas categorías del magisterio y se dictan otras disposiciones”, en cuyo campo de aplicación incluyó en su artículo primero a los ‘nacionalizados por la Ley 43 de 1975 y sus decretos reglamentarios’.[...]”. (Resalta la Subsección)

De lo anterior se colige, que a aquellos docentes que se vincularon con posterioridad al proceso de nacionalización que inició con la expedición de la Ley 43 de 1975, no les es aplicable ningún régimen de carácter territorial.

A lo anterior se agrega que el Decreto núm. 715 de 1978, que fijó las asignaciones

¹⁰ Entre otros apartes: “Las prestaciones sociales del personal adscrito a los establecimientos que han de nacionalizarse (...) El nombramiento del personal de los planteles que se nacionalizan (...) La nacionalización de los planteles de educación secundaria costeados por las intendencias y comisarias...”

¹¹ Diario Oficial 554 del 15 de mayo de 1978.

básicas mensuales correspondientes a las distintas categorías del magisterio, dispuso:

“ARTICULO 1. CAMPO DE APLICACIÓN. *Las escalas de remuneración establecidas en el presente Decreto regirán para el personal docente, de enseñanza primaria, y secundaria que depende del Ministerio de Educación Nacional y presta servicios en los planteles nacionales y en los nacionalizados por la Ley 43 de 1975 y sus decretos reglamentarios.*

ARTICULO 15. DE LA VIGENCIA. *El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición y deroga las disposiciones que le sean contrarias.”*

Además, en el artículo 11 ibídem fijó una prohibición expresa para las autoridades territoriales, y para las juntas administradoras de los Fondos Educativos Regionales, de modificar el régimen de remuneración y el correspondiente a prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados con el Ministerio de Educación Nacional.

Se infiere que los docentes del nivel nacional al no tener vinculación con las entidades territoriales, no podían beneficiarse de las disposiciones de dichos entes, por ende, la anterior prohibición está dirigida a los docentes del nivel nacionalizado, vinculados con posterioridad a la expedición de la Ley 43 de 1975.

En ese orden de ideas, no puede decirse que la Ordenanza núm. 023 de 1959 sea aplicable a los docentes nacionalizados vinculados con posterioridad a la expedición de la Ley 43 de 1975.

Conclusión: La Ordenanza núm. 23 de 1959, a través de la cual se creó para los docentes del Departamento de Boyacá que cumplan 20 años de servicios, sin edad para pensionarse, un aumento del 20% sobre su sueldo básico, no es aplicable a los docentes nacionalizados vinculados con posterioridad a la expedición de la Ley 43 de 1975.

Segundo problema jurídico

¿La señora Graciela Mondragón Vaca tiene derecho al reconocimiento y pago del

sobresueldo de que trata la Ordenanza núm. 023 de 1959?

La Ordenanza núm. 023 de 1959 expedida por la Asamblea Departamental en su artículo 20 dispuso:

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

De lo anterior se colige, que para acceder al sobresueldo del 20%¹² los docentes vinculados al Departamento de Boyacá debían haber prestado sus servicios durante 20 años y no tener la edad requerida por la ley para jubilarse.

En el presente asunto, a folio 56 obra certificación de servicios de la señora Graciela Mondragón Vaca, en la que consta que fue nombrada en propiedad como *“Nacionalizado en forma continua”* mediante Decreto 152 del 11 de febrero de 1981 en la Escuela Villa Humberto en Somondoco (Boyacá).

Por consiguiente, no puede ser acreedora del sobresueldo creado por la Ordenanza núm. 023 de 1959, debido a que esta norma es de carácter territorial y por ende inaplicable a los docentes vinculados con posterioridad al proceso de nacionalización que inició con la Ley 43 de 1975 y se perfeccionó el 1º de enero de 1981, tal como se informó por el Ministerio de Educación Nacional por medio del oficio núm. 2005EE27126 del 27 de junio de 2005.

Conclusión

La señora Graciela Mondragón Vaca no tiene derecho al reconocimiento y pago del sobresueldo contenido en la Ordenanza núm. 023 de 1959, debido a que se vinculó a la docencia, el 11 de febrero de 1981, esto es, con posterioridad al proceso de nacionalización de que trata la Ley 43 de 1975.

Decisión de segunda instancia.

¹² El Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A” en sentencia del 10 de julio de 2008, número interno: 2481-2007, actor: Ricardo Nel Ayala, demandado: Departamento de Boyacá, señaló que el derecho laboral que trata esta ordenanza corresponde a un elemento salarial, porque fue creada solamente para aquellos docentes con 20 años de experiencia que se encontraran por fuera de la edad, según la ley de vez, emolumento que se debe pagar calculando el 20% del sueldo, siempre y cuando se siga ejerciendo la actividad docente

Corolario de lo anterior, la Subsección considera que se impone confirmar la sentencia de primera instancia, proferida el 15 de noviembre de 2007, por el Tribunal Administrativo de Boyacá que negó las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora Graciela Mondragón Vaca, en contra del Departamento de Boyacá, de acuerdo a la parte motiva de esta providencia.

Reconocimiento de personería

Reconócese personería a la doctora Yenny Paola Hernández Barón, identificada con c.c. núm. 1.049.615.507 de Tunja y T.P. núm. 246.962 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la parte demandante en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual obra a folio 168 del expediente.

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

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia proferida el quince (15) de noviembre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en el proceso que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Graciela Mondragón Vaca contra el Departamento de Boyacá, en cuanto negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Reconócese personería a la doctora Yenny Paola Hernández Barón, identificada con c.c. núm. 1.049.615.507 de Tunja y T.P. núm. 246.962 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la parte demandante en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual obra a folio 168 del expediente.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Relatoria JORM