

INCREMENTO SALARIAL EN LA PERSONERIA DISTRITAL DE BOGOTA - No aplicación a un sector de empleados. Principio de igualdad / PRINCIPIO DE MOVILIDAD DEL SALARIO – No es absoluto

El Decreto No. 1492 de 2001 de rango superior al expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, que ha sido demandado justifica como criterio razonable que no se haya incrementado el salario a un sector de empleados claramente determinado y definido. Puestas así las cosas, hay un fundamento para el obrar de la Administración consistente en la sujeción a lo definido por el Gobierno Nacional en ejercicio de una competencia que le atribuyen la Constitución y la ley, de modo especial la Ley 4ª de 1992. Entonces no hay abuso de la administración en sujetarse a normas de rango superior y por lo mismo no puede fundarse en esa recriminación la nulidad del acto. La distinción que hiciera la Alcaldía Mayor de Bogotá tiene un fundamento plausible, no solo porque invoca una norma de superior jerarquía, y para excluir a los grados 05 y 06, sino, porque materialmente estos venían devengando un salario por encima de los límites fijados por el Gobierno Nacional para los de su clase. No se trata entonces de un caso de abierta discriminación contra los servidores públicos que integran esos grados, sino de un ajuste de la situación para acompañarla como instrumento para restablecer la igualdad con aquellos otros sectores de la administración que venían devengando un salario inferior a pesar de tener idénticas responsabilidades. Dicho con otras palabras, si para restablecer la igualdad y cumplir lo dispuesto por el Gobierno Nacional que fijó unos límites salariales, la Administración negó el incremento, con ello no cometió un abuso, primero, porque aplicó una restricción normativa impuesta por una regla de rango superior y, segundo porque no es absurda o abusiva la determinación tomada. Como se aprecia en los fallos de la Corte Constitucional, la movilidad del salario no es un criterio mecánico y absoluto, sino que en ocasiones es posible que la aplicación rigurosa del principio haga una pausa, si es que se encuentra motivos suficientes para hacer alguna diferencia. En este caso, en el Decreto acusado de manera clara y contundente se expresan las razones por las cuales excluyó del incremento salarial anual a los servidores pertenecientes a “los grados 05 y 06 del nivel administrativo de la Personería Distrital.” La distinción hecha por el Alcalde Mayor de Bogotá, expresa una finalidad bien clara, restituir la situación de igualdad con otros empleados del Distrito, es decir evitar que la diferencia que antes favorecía a los grados 05 y 06, en desmedro de otros empleados del mismo grado de otros niveles de la administración se perpetúe. El medio elegido por la administración no es irrazonable, pues no hay otra forma de restablecer la igualdad; en tanto el incremento salarial que corresponde a cada año vendría a reproducir la desigualdad existente a favor de los empleados de los grados 05 y 06. Obviamente la relación entre el medio empleado y el fin que se busca se cumple cabalmente, pues de otro modo se repetiría año tras año la inequidad.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1492 DE 2001 / LEY 4 DE 1992

NORMA DEMANDADA: DECRETO 889 DE 2001 (23 de noviembre) ALCALDE MAYOR DE BOGOTA (No nulo)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., once (11) de noviembre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-08446-01(1690-07)

Actor: ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LAS PERSONERIAS DE COLOMBIA

AUTORIDADES DISTRITALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 31 de mayo de 2007, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B" accedió a las pretensiones de la demanda formulada por la Asociación Nacional de Empleados de las Personerías de Colombia contra el Distrito - Alcaldía Mayor de Bogotá.

LA DEMANDA

La **ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPLEADOS DE LAS PERSONERÍAS DE COLOMBIA**, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitó al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca declarar la nulidad parcial del siguiente acto:

- Decreto No. 889 del 23 de noviembre de 2001, proferido por el Alcalde Mayor de Bogotá, mediante el cual se fijó el incremento salarial para los empleados públicos de la Personería Distrital de Bogotá, la parte impugnada comprende el parágrafo único del artículo 1° de dicho acto que dice: *"no se establece aumento salarial para el grado 05 y 06 del nivel administrativo de la Personería Distrital, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3° del Decreto 1492 del 19 de julio de 2001"*.

Solicitó que para atender lo que sea resuelto en la sentencia, se dé aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A., así mismo el artículo 152 del C.C.A., en el

sentido de suspender provisionalmente el párrafo único del artículo primero del Decreto Distrital 889 de 2001.

Sustentó la parte demandante sus pretensiones en los siguientes hechos:

El Alcalde Mayor de Bogotá, profirió el Decreto No. 889 del 23 de noviembre de 2001, con fundamento en varios conceptos emitidos y disposiciones que señalaban que es su atribución legal fijar los emolumentos de los empleados del nivel central de la Administración Distrital, con sujeción al límite máximo salarial que fijó el Gobierno Nacional mediante el Decreto No. 1492 del 19 de julio de 2001.

No se hizo el incremento salarial en algunos cargos de la Personería Distrital pues se estableció que la remuneración para los grados 05 y 06 del nivel administrativo, sobrepasaba el límite máximo salarial señalado por el Decreto No. 1492 del 2001. Así el artículo 3º del mismo Decreto, ordena que: *“ninguna autoridad estaba facultada para autorizar o fijar asignaciones básicas salariales mensuales que superaran los límites máximos señalados en sus disposiciones”*, todo en concordancia con lo establecido en la Ley 4ª de 1992.

Entonces mediante el Decreto No. 889 de 2001, el Alcalde señaló el incremento de la escala de salarios de los servidores de la Personería, sin determinar incremento salarial para el nivel administrativo en los grado 05 y 06, por contravenir lo dispuesto en el Decreto No. 1492 de julio de 2001.

El Decreto No. 889 de 2001, demandado rigió a partir de su publicación y surtió efectos fiscales a partir del 1º de enero de 2001.

Por mandato constitucional, la Personería de Bogotá es un órgano de Control que hace parte del Ministerio Público, dotada de autonomía administrativa y financiera conforme a lo ordenado por el artículo 104 del Decreto No. 1421 de 1993, lo que determina su independencia y autonomía frente a la administración central y descentralizada del Distrito Capital.

En virtud de lo señalado anteriormente, el Concejo de Bogotá, expidió el Acuerdo No. 34 de 1993 por medio del cual se reestructuró la Personería de Bogotá, fijando para tal efecto su planta de personal y escala salarial para cada uno de sus

cargos, escala que se ha venido ajustando anualmente para mantener el poder adquisitivo del salario y generar condiciones para mantener los niveles de vida de los funcionarios.

El Alcalde Mayor de Bogotá, negó la posibilidad de recuperar la pérdida del poder adquisitivo del salario, que para todos los cargos, independientemente del nivel jerárquico y del grado salarial que ostenten, para el año 2000 fue de 8.75%. Así aconteció porque no decretó el incremento, o lo limitó a porcentajes inferiores al índice de precios al consumidor, con lo cual ha vulnerado derechos fundamentales de los servidores públicos.

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se citaron como normas violadas:

La Constitución Nacional, los artículos 25 (derecho al trabajo); 53 (principio de movilidad salarial) y 373 (capacidad adquisitiva del salario).

La Ley 4ª de 1992, artículo 1º literales a), b) y d).

Además se evidencia desconocimiento de los pronunciamientos de la Corte Constitucional contenidos en las sentencias T-483/93, T-230/94, T-102, T 597/95, C-448/96, SU-519/97, T-011, 311 y 461/98, C-196/98, T-013/99 y C-710/99.

El demandante consideró que la Administración Distrital mediante la expedición del acto acusado, vulneró preceptos constitucionales que protegen al trabajador, para demostrar el desacato del demandado a las normas superiores planteó los siguientes argumentos:

Ha sostenido la Corte Constitucional, que el trabajo es uno de los valores esenciales de nuestra organización política, tal y como lo declara el preámbulo de nuestra Constitución, igualmente ha señalado que en economías inflacionarias como la nuestra, la pérdida del poder adquisitivo de la moneda causa necesariamente la disminución real de los ingresos, de este modo, si el salario no se incrementa con el paso del tiempo lleva a un enriquecimiento, en este caso de la empleadora, pues ella se lucra de la misma cantidad y calidad del trabajo y a

cambio otorga una menguada asignación salarial, todo por evadir el incremento salarial para recompensar la inflación.

Como es sabido, en materia laboral debe operar la protección del trabajador, aún por encima de la autonomía de la voluntad de las partes, de modo que no se hagan nugatorios los derechos de la parte débil de la relación: el trabajador. Las normas blindan los derechos de los trabajadores y se integran al acuerdo laboral, a fin de mantener la equidad de la relación. Una de esas normas extracontractuales es, precisamente, la del artículo 53 de la Constitución, según la cual el salario debe ser móvil, ante la necesidad de mantener el poder adquisitivo de la remuneración salarial, dado que ésta permite a los trabajadores acceder y mantener unas condiciones dignas, aspecto que, según la apreciación de la parte actora, ha sido desconocido por la administración distrital al congelar algunos sueldos o incrementarlos en un valor inferior al de la inflación, violando así la igualdad de oportunidades del trabajador, así como el derecho a una remuneración mínima, vital y móvil.

Así mismo se ha desconocido el derecho a la igualdad, que incluye la obligación de trato semejante por parte de las autoridades públicas.

Citando los lineamientos de la Corte Constitucional, señala el actor, que todo trabajador tiene derecho a que se lo remunere por el trabajo desarrollado, pero dicho estipendio no puede ser simbólico, sino conforme al esfuerzo y conocimientos del trabajador, lo cual implica que el empleador no puede fijar de manera arbitraria los salarios de sus empleados, ni preferir o discriminar a algunos de ellos, hallándose todos en igualdad de condiciones; tampoco es admisible que congele indefinidamente los sueldos, absteniéndose de hacer los aumentos periódicos para atender la evolución de la inflación, menos todavía si al proceder en esa forma aumenta los salarios de algunos empleados y deja los de otros sin ese beneficio.

Señala la parte actora que existe una expedición irregular del acto, toda vez que no se indica expresamente dentro del Decreto demandado, la facultad de orden constitucional y legal en que debió fundamentarse para fijar el incremento salarial de los empleados públicos de la Personería, máxime cuando este estamento tiene un régimen especial. Debe tenerse en cuenta además, que no existe congruencia entre la parte motiva del decreto y la resolutive porque si bien el enunciado señala

que es facultad del Gobierno Nacional fijar la escala salarial, opta por hacerlo a través de Decreto del señor Alcalde, desconociendo así derechos de rango constitucional de algunos de los trabajadores de la Personería de Bogotá.

Así mismo señala que el Alcalde Mayor tomó una decisión, sin expresar los fundamentos jurídicos de su actuación, lo cual vulnera ostensiblemente los artículos 35 y 36 del C. C. A., e implica que hubo falsa motivación; por lo mismo, la omisión de la autoridad en este caso tiene la suficiente entidad para viciar el acto lo que lleva a su anulación porque se han desconocido principios constitucionales y legales.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", mediante la sentencia de 31 de mayo de 2007, accedió a las pretensiones de la demanda; previamente había negado la suspensión provisional del Decreto, decidiendo adversamente la cautela solicitada por la parte actora.

La sentencia está soportada en los siguientes argumentos:

Los empleados del nivel administrativo grados 05 y 06 de la Personería Distrital devengaban por encima del límite máximo de salario mensual fijado en el Decreto No. 1492 de 2001, no obstante era inaplicable tal disposición, pues significaba una disminución nominal de los salarios de estos empleados de la Personería Distrital. El Tribunal trajo en su apoyo el último inciso del artículo 53 Constitucional, que trae una prohibición expresa: *"La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores."*

Visto desde otra perspectiva, el Decreto No. 1492 de 2001, en manera alguna podía servir de argumento para que el Alcalde Mayor de Bogotá, negara el incremento salarial a los empleados pertenecientes a los grados 05 y 06 del Nivel Administrativo de la Personería, so pena de violar la prohibición de no regresividad de los salarios.

Baste con realizar un juicio de proporcionalidad o razonabilidad, para concluir que en el caso concreto, se ha vulnerado, no solamente la prohibición de retroceso de los salarios, sino también el derecho de igualdad, pues tal como aconteció con el resto de los empleados, incluso con salarios más altos, a los del nivel administrativo grados 05 y 06 de la Personería Distrital, también se les debió realizar el incremento salarial dispuesto por el Gobierno.

Este entendimiento no es contrario al postulando de la libre configuración legislativa, que en materia salarial de los empleados de las entidades territoriales tiene el Gobierno Nacional, pues ya quedó dicho, que el límite máximo de la Asignación Básica Salarial Mensual definida de manera general por el Decreto No. 1492 de 2001, realmente no impedía el incremento salarial de los empleados del nivel administrativo grados 05 y 06 de la Personería Distrital para el año 2001, pues hubiese bastado hacer una interpretación conforme con la Constitución, para concluir que el mencionado Decreto No. 1492 de 2001, no se le podía aplicar a los empleados del nivel administrativo grados 05 y 06 de la Personería Distrital, por las razones antes dichas.

Esta conclusión está a tono además con la interpretación que sobre el punto tiene la Corte Constitucional, y que se ha convertido en la doctrina dominante, que busca brindar plena protección al principio de movilidad salarial, desde luego sin menoscabo del contexto económico y sin someter a la legislación a su congelamiento. Esta posición asume que cualquier disminución del alcance de un derecho social resulta en principio problemática, pues supone, al menos *prima facie*, una violación de los estándares internacionales sobre el deber de los Estados de desarrollar progresivamente el contenido total de estos derechos. Si bien no toda disminución en el alcance de estos derechos está prohibida, ya que el legislador puede restringir el contenido protegido de un derecho, es menester justificar la necesidad de una reducción, así como que ésta es razonable y proporcionada, y si con ella se aspira a alcanzar propósitos constitucionales.

De suerte que la decisión administrativa de no incrementar el salario para el año 2001, a un segmento de empleados de la Personería Distrital, viola la prohibición de regresividad del salario, lo que conduce a la anulación del acto.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia del *a quo*, impugnación inspirada en los siguientes argumentos:

El Tribunal, para adoptar su decisión entendió que la Administración Distrital debió inaplicar o desconocer el artículo 3° del Decreto Nacional No. 1492 de 2001 según el cual; *"Ninguna autoridad podrá autorizar o fijar asignaciones básicas salariales mensuales que superen los límites máximos señalados en el presente Decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos"*.

Por el contrario, a juicio del recurrente la Administración Distrital no estaba facultada para inaplicar la norma expedida por el Gobierno Nacional y, menos haciendo uso de la excepción de inconstitucionalidad, sencillamente porque, por encima de la incertidumbre sobre la facultad de las autoridades administrativas para aplicar dicha excepción, la disposición contenida en el Decreto No. 1492 de 2001 no era, en absoluto, incompatible con la Constitución, y por ende, la Administración Distrital estaba obligada a acatar esa disposición legal.

Señala el recurrente que la asignación fijada para los grados administrativos 05 y 06 de la Personería Distrital para el año 2000, equivalía a \$1.180.131 y \$1.250.184 respectivamente, es decir, la asignación fijada para estos grados 05 y 06 del nivel administrativo sobrepasaban los límites máximos de la asignación salarial mensual establecidos por el Gobierno Nacional para el año 2001, que no podía exceder de \$1.179.124 moneda corriente.

Ante ese supuesto, la Administración Distrital, al fijar los emolumentos de los empleados de la Personería Distrital, no podía, so pena de incurrir en violación de la Constitución y la ley, disponer incremento alguno para estos grados del nivel administrativo de la Personería Distrital.

El Alcalde al expedir el Decreto No. 889 de 2001 no encontró que existiera incompatibilidad entre los Decretos Nacionales que establecían el límite máximo de la Asignación Básica Salarial Mensual de los empleados públicos de las entidades territoriales y el artículo 53 de la Constitución Política, como entendió equivocadamente el Tribunal en su decisión.

El recurrente refutó el argumento del Tribunal, sobre pérdida de valor adquisitivo del salario, para lo cual sostuvo que no podría plantearse esta mengua del ingreso de los salarios de estos empleados, porque los mismos devengaban mucho más que sus pares en otras entidades públicas del Distrito Capital. Por el contrario, teniendo en cuenta esas ostensibles diferencias salariales, podría decirse más bien que el nivel de vida de estos empleados era, de manera injusta, superior al de otros funcionarios que desempeñaban funciones de igual y hasta mayor responsabilidad en otras entidades.

Como último argumento, indica la demandada que la acción de nulidad simple es improcedente, ya que el Decreto Distrital No. 889 de 2001 no contiene ningún vicio que amerite la declaratoria de nulidad, porque fue expedido en forma regular, por el funcionario competente y al amparo de los decretos del Gobierno Nacional que establecían el marco de maniobra de la Administración Distrital.

La reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, al referirse a la teoría de los móviles y finalidades, ha admitido que la acción de simple nulidad procede contra todos los actos administrativos, sean de carácter general o particular, siempre que dicha acción se ejerza con el exclusivo fin de salvaguarda o mantenimiento del orden jurídico. Se agrega, además, que la regla general que contempla el artículo 84 y que permite la nulidad de los actos administrativos sin distinciones, en el sólo interés del mantenimiento del orden jurídico, deberá armonizarse así con lo que dispone el artículo 85, el cual enseña que cuando la nulidad del acto restablece el derecho de la persona afectada con el mismo, la acción no podrá ser la regulada en aquél, sino la de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el Código Contencioso Administrativo.

Entonces, la acción de nulidad procede contra los actos administrativos de carácter general, con miras al mantenimiento de la legalidad abstracta; igualmente procede contra los actos de contenido particular cuando su nulidad no restablezca el derecho de la persona afectada con el acto; porque si esa nulidad tiene efectos restablecedores para la persona afectada con el acto, la acción, no podrá instaurarse sino por la persona legitimada y en la oportunidad prevista en el inciso 2° del artículo 136 del CCA, y no podrá ser otra que la de nulidad y restablecimiento del derecho.

El apelante indica que el Tribunal no tuvo en cuenta las anteriores consideraciones y falló una demanda de simple nulidad con efectos restablecedores.

De acuerdo con las razones señaladas anteriormente, solicita el apelante que se revoque la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar, salvaguarde la legalidad del acto acusado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Intervino la Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, con el objeto de solicitar se confirme el fallo de instancia en cuanto accedió a las pretensiones de la demanda y declaró la nulidad parcial del Decreto No. 889 de 2001, proferido por el Alcalde Mayor de Bogotá.

Estima la Procuraduría que el problema jurídico se circunscribe a la prioridad que se ha dado a la regulación salarial contenida en el Decreto No. 1492 de 2001 en desdoro de los principios de índole constitucional que gobiernan la progresividad de los salarios de los empleados públicos.

Para la solución del problema plantea la pregunta, de si por mandato del Decreto No. 1492 de 2001 referido al límite máximo de la asignación básica mensual, no le era dable jurídicamente a la autoridad distrital incrementar el salario a los grados 05 y 06 del nivel administrativo de la Personería Distrital.

Para la Procuraduría Delegada, el hecho de que la citada disposición haya impuesto límites respecto de un sector específico de trabajadores, los de más exiguos ingresos, no tiene justificación frente a un análisis constitucional pues relega, so pretexto de legalidad, los principios de salarios justos, móviles y dinámicos, frente a una economía inflacionaria, a la que se debe enfrentar el asalariado año tras año con su empobrecido sueldo. Pero es más, como lo pone de presente el fallo de mérito apelado, el Decreto No. 889 de 2001 no tuvo el mismo comportamiento con los salarios, por lo que atentó con el principio de un régimen económico justo que emana de una repartición más equitativa de los recursos públicos.

Por otro lado, hubo un trato desigual a los trabajadores, que se hace evidente, en el momento mismo en que la Administración decide incrementar los salarios de aquellos que tienen mejores ingresos, mientras que los trabajadores de base, como los de los grados 05 y 06 de la Personería, continúan con el mismo salario.

Concluyó la Agencia Fiscal, en que se conculcaron valores constitucionales, en perjuicio de los empleados tantas veces referenciados, motivo por el cual es necesario remediar la situación declarando la nulidad del aparte acusado, sin que esto signifique, como lo dice el apoderado del Distrito Capital, un automático restablecimiento del Derecho, en cuanto, según alega el demandado, no se ejercitó la acción subjetiva sino la objetiva que tiene por fin primordial el restablecimiento del orden jurídico.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico que exige la atención de la Sala consiste en determinar si el acto demandado, expedido por el Alcalde Mayor de la Ciudad de Bogotá, violó normas superiores, en cuanto excluyó a dos grupos de cargos claramente definidos, del incremento salarial que anualmente se hace a todos los empleados. La resolución del problema planteado supone responder 1. si se empleó la acción adecuada para impugnar el acto, 2. si hubo falsa motivación en su expedición, porque se violó la prohibición de menoscabar los derechos de los trabajadores, se quebrantó el principio de no regresividad de los salarios y, 3. si hubo lesión del derecho de igualdad.

1.- Con el fin de resolver el problema expuesto, la Sala tiene por probado:

- El acto acusado, es decir del Decreto No. 889 de 23 de noviembre de 2001, que estableció la escala de salarios para los empleados públicos de la Personería Distrital de Bogotá. Dicho Decreto en la parte que ha sido demandada expresa:

PARÁGRAFO: *No se establece aumento salarial para los grados 05 y 06 del nivel administrativo de la Personería Distrital, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3ª (sic) del Decreto 1492 del 19 de julio de 2001.*

- Decreto No. 1492 de 19 de julio de 2001, por el cual se establece el límite máximo de la Asignación Básica Salarial Mensual de los empleados públicos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones.

2.- Como ya quedó bosquejado en la narración de los antecedentes, se ha planteado en este asunto la acción de simple nulidad, pues no se ha pedido el restablecimiento del derecho a favor de persona alguna. Es decir, en el reclamo no se ha pedido la protección específica de los derechos subjetivos, sino que la acción se encamina a la restauración del orden jurídico que se dice quebrantado por la presencia de la norma demandada. La objeción del demandante a este respecto, consiste en que la anulación del fragmento del decreto que excluyó del incremento salarial a los empleados de los grados 05 y 06 de la Personería Distrital, puede generar expectativas económicas. No obstante, ello no basta para plantear que se trata de un reclamo de estirpe subjetivo que como conclusión declare derechos a favor de determinada persona.

La forma como ha sido pedido y la institución que ha propuesto la demanda, indican sin duda que no estamos en presencia de una acción de restablecimiento del derecho, pues La Asociación Nacional de Empleados de las Personerías de Colombia, no podría reclamar los derechos subjetivos de sus afiliados, tampoco lo ha hecho en este caso, y menos podría desembocar la presente acción con un reconocimiento en su favor. La acción se intentó para retirar del ordenamiento jurídico una norma, sin pedir la restitución de derechos subjetivos de los trabajadores, que no obran aquí como demandantes.

3.- En lo que concierne a la existencia de falsa motivación en la expedición del acto, baste con decir, que en el Decreto acusado se expresan de manera extensa las motivaciones que le inspiran, se citan las normas de orden superior que le sirven de fundamento, e inclusive se hace la reseña de la jurisprudencia sobre la materia y se toma partido por uno de los últimos fallos de la Corte Constitucional sobre la materia, sentencia que generosamente se transcribe en el cuerpo del Decreto demandado.

Así, en las páginas 2 y 3 del Decreto acusado, folios 119 y 120, se transcriben los apartes más pertinentes de la Sentencia C 1064 de 10 de octubre de 2001, de la Corte Constitucional, cita que se hace con el fin de justificar el porqué se hace un incremento de salarios de manera diferencial. Se sigue de lo dicho que así se juzgue que la invocación, lectura e interpretación del fallo pueda ser errada, ello no implica necesariamente falsedad de la motivación. Como se aprecia en la sentencia y en el concepto del Ministerio Público, en últimas lo que se reprocha al Alcalde Mayor de Bogotá que expidió el acto, es no haber aplicado la excepción de inconstitucionalidad, de modo que si el funcionario dijo estarse a lo mandado por la norma, porque consideró que no era del caso aplicar la excepción de inconstitucionalidad de ello no se deriva una falsa motivación.

No sobra añadir que la sentencia apelada increpa al Alcalde por no haber aplicado la excepción de inconstitucionalidad, para excluir del ordenamiento jurídico, en un caso concreto, el Decreto No. 1492 de 2001. A pesar de ello, la excepción de inconstitucionalidad, no es asunto abandonado al capricho del aplicador, sino una institución sometida a las reglas definidas por la jurisprudencia. Así la excepción de inconstitucionalidad requiere de una abierta contraposición entre la norma y la Constitución, choque frontal que en este caso no se presenta y, por lo mismo hizo mal el Tribunal al deducir que el Alcalde debió inaplicar las normas superiores porque eran inconstitucionales.

4.- En lo medular la acusación reside en que con la expedición del acto, fue violada la prohibición de menoscabar los derechos de los trabajadores y que se quebrantó el principio de no regresividad de los salarios.

Como quiera que en el Decreto acusado se hace una invocación a la sentencia C 1064 de 2001 de la Corte Constitucional, como el fundamento jurídico que tuvo el Alcalde Mayor de Bogotá para dejar de incrementar el salario a algunos trabajadores de la Personería de Bogotá, y como la misma providencia sirvió de fundamento al Tribunal para aniquilar el acto y al Procurador para pedir la confirmación de la sentencia, es menester acometer su estudio y el grado de relación con el caso que debe decidir el Consejo de Estado.

En primer lugar, es necesario descartar que el contenido de dicha sentencia pueda ser vertido sin ninguna precisión en un caso particular. Se dice lo anterior, porque

el juicio de constitucionalidad hecho en la sentencia C 1064 de 2001, sobre la ley de presupuesto tiene un dominio o campo de aplicación muy diferente al del caso que ahora analiza la Sala. Obsérvese que la sentencia juzgó sobre la constitucionalidad de la Ley de Presupuesto y, que por lo mismo, las consideraciones que se hicieron atañen al manejo de toda la economía nacional y sus variables macroeconómica, cambiaria y fiscal como se ve en el texto del fallo comentado. Entonces, la Corte Constitucional examinó el influjo del aumento general de salarios en la inflación, elemento éste radicalmente distinto en el caso presente, porque negar o conceder el incremento para los empleados de los grados 05 y 06 de la Personería de Bogotá, jamás podría alterar la inflación en ningún sentido. Dicho con otras palabras aunque hay afinidad de las consideraciones que la Corte Constitucional expresó en la sentencia que sirve de referencia y ellas en lo básico serán atendidas, se trata de dos niveles de reflexión diferentes.

Ahora bien, es asunto no discutido que los trabajadores, en especial los de menores ingresos, tienen derecho a que sus salarios se mantengan estables, es decir que los aumentos no sean nominales sino que se expresen en términos reales y se les proteja contra el deterioro del poder adquisitivo de la moneda.

Que la prestación salarial no es de dinero sino de valor, queda explícito en el fallo de la Corte Constitucional objeto de análisis, como se desprende de su texto:

“5.2.2.1 En cuanto al derecho a mantener el poder adquisitivo real del salario de los servidores públicos cuyo valor es menor a dicho promedio ponderado, la Corte señala que éste tiene el carácter de intangible en razón a la protección constitucional reforzada que la Constitución les dispensa. Es decir, es un derecho que si bien no es absoluto, constitucionalmente se le reconoce una resistencia especial frente a posibles limitaciones resultantes de la acción de las autoridades públicas. Es un derecho que, pese a encontrarse el país en una situación económica como la actual, del proceso se desprende que no puede ser tocado. Cuatro argumentos de carácter constitucional sustentan esta afirmación.

Primero, como lo indica la propia Carta Política en su artículo 334, uno de los fines por los que debe propender el Estado cuando interviene en la economía es “asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.” Este mandato se suma a la especial protección que debe brindarse al mínimo vital de los trabajadores en un Estado social de derecho, tal y como fue expuesto anteriormente.

Segundo, cuando la Constitución consagra el derecho a la igualdad en su artículo 13, indica que el “Estado promoverá las condiciones para que la

igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados". La Corte Constitucional, como órgano del Estado, está llamada a cumplir con este mandato y no puede desconocerlo. El mantenimiento real del poder adquisitivo del salario de los servidores públicos de más bajos ingresos, aún en circunstancias extraordinarias, cumple cabalmente con este mandato, pues propende cerrar la creciente brecha que distancia a aquellos que ganan menos de quienes ganan más.

Tercero, el no mantener el poder adquisitivo del salario de los servidores públicos con menores ingresos puede afectar de manera considerable su derecho y el de las personas que dependen económicamente de ellos, a tener una vida digna (art. 1 de la CP), pues precisamente se trata de la población que es más vulnerable a situaciones económicas críticas.

La cuarta razón tiene que ver con las finalidades sociales del Estado. Dadas las condiciones ponderadas y los argumentos esgrimidos en el presente caso, la justificación por la que se podría limitar el derecho en cuestión para los que se encuentran en las escalas salariales superiores, es el mandato al Estado de destinar prioritariamente recursos para atender sus deberes sociales para con los más necesitados (art. 366 de la CP). El grupo de servidores públicos con menores ingresos, junto a sus familiares, hacen parte, precisamente, de ese grupo de personas que constitucionalmente merecen una protección especial en un Estado Social de Derecho, particularmente en situaciones económicas como las que se han vivido en los últimos tres años.

Así pues, este primer grupo de trabajadores tiene derecho a que se les aumente su salario, no sólo nominalmente sino de forma tal que se mantenga el poder adquisitivo real del mismo. Para tal efecto debe tenerse como criterio preponderante la inflación. Dicho derecho no debe ser limitado respecto de quienes ganan un salario inferior al promedio ponderado mencionado.

En ese sentido, por las razones expuestas, su derecho en las circunstancias actuales resulta intangible porque no debe ser tocado. No entra la Corte a elaborar una doctrina sobre las diferencias entre la naturaleza absoluta de un derecho y la función intangible de un derecho. Es ésta una cuestión cuyo desarrollo no es necesario para resolver el problema jurídico planteado en el presente proceso."

No obstante la nitidez del fallo de la Corte, del que se hizo eco el Alcalde Mayor de Bogotá para expedir el acto, y el Tribunal para decretar su anulación, hay razones adicionales que deben ser tomadas en consideración.

En verdad, el Alcalde Mayor al expedir el acto acusado expresó nítidamente las razones para excluir del incremento a un segmento definido y delimitado de servidores públicos, y dio razones para ello. Se comprende a partir de lo anterior que las motivaciones del acto no fueron producto del olvido o de la omisión, tampoco de la cruda arbitrariedad de la administración, sino de la sujeción a un

criterio que desde luego puede ser valorado frente a los parámetros constitucionales y legales.

El Decreto No. 889 de 23 de noviembre de 2001, invoca como fundamento legal de la limitación, lo dispuesto en el Decreto No. 1492 de 19 de junio de 2001 expedido por el Gobierno Nacional en uso de las facultades otorgadas por el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992. Dicho precepto consagró en el artículo 1º que: *“El límite máximo de la asignación básica salarial mensual de los empleados públicos de las entidades territoriales para el año 2001 queda determinado así:*

Nivel jerárquico	Límite máximo
sistema general	Salarial
Directivo	5.104.029
Asesor	4.751.599
Ejecutivo	3.289.967
Profesional	2.876.085
Técnico	1.162.029
Asistencial	1.148.643

Parágrafo. *Los Niveles Administrativo y Operativo del Sistema de Nomenclatura y Clasificación de Empleos de las entidades territoriales contemplados en el Decreto-ley 1569 de 1998, serán equivalentes al Nivel Asistencial de la Rama Ejecutiva del orden nacional.”*

Ese Decreto No. 1492 de 2001 de rango superior al expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, que ha sido demandado justifica como criterio razonable que no se haya incrementado el salario a un sector de empleados claramente determinado y definido. Puestas así las cosas, hay un fundamento para el obrar de la Administración consistente en la sujeción a lo definido por el Gobierno Nacional en ejercicio de una competencia que le atribuyen la Constitución y la ley, de modo especial la Ley 4ª de 1992. Entonces no hay abuso de la administración en sujetarse a normas de rango superior y por lo mismo no puede fundarse en esa recriminación la nulidad del acto.

De otro lado, el Alcalde Mayor de Bogotá como fundamento de la negación del incremento salarial dijo atenerse a *“los criterios fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C 1064 de 2001, la Administración Distrital efectuó el cálculo del promedio ponderado de los salarios del sector central del Distrito, para diferenciar*

el grupo de servidores públicos con protección reforzada, estableciéndose dicho valor en la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA Y DOS PESOS (\$1.534.532) PESOS MONEDA CORRIENTE.

Que en la dicha Personería Distrital, la asignación salarial de los grados 05 y 06 del nivel administrativo, de la actual escala salarial, sobrepasan el límite máximo salarial señalado por el Decreto No. 1492 de 2001, para dichos niveles”

De conformidad con lo que acaba de decirse, la distinción que hiciera la Alcaldía Mayor de Bogotá tiene un fundamento plausible, no solo porque invoca una norma de superior jerarquía para excluir a los grados 05 y 06, sino, porque materialmente estos venían devengando un salario por encima de los límites fijados por el Gobierno Nacional para los de su clase.

No se trata entonces de un caso de abierta discriminación contra los servidores públicos que integran esos grados, sino de un ajuste de la situación para acompañarla como instrumento para restablecer la igualdad con aquellos otros sectores de la administración que venían devengando un salario inferior a pesar de tener idénticas responsabilidades. Dicho con otras palabras, si para restablecer la igualdad y cumplir lo dispuesto por el Gobierno Nacional que fijó unos límites salariales, la Administración negó el incremento, con ello no cometió un abuso, primero, porque aplicó una restricción normativa impuesta por una regla de rango superior y, segundo porque no es absurda o abusiva la determinación tomada.

Como se aprecia en los fallos de la Corte Constitucional, la movilidad del salario no es un criterio mecánico y absoluto, sino que en ocasiones es posible que la aplicación rigurosa del principio haga una pausa, si es que se encuentra motivos suficientes para hacer alguna diferencia. En este caso, en el Decreto acusado de manera clara y contundente se expresan las razones por las cuales excluyó del incremento salarial anual a los servidores pertenecientes a *“los grados 05 y 06 del nivel administrativo de la Personería Distrital.”*

La distinción hecha por el Alcalde Mayor de Bogotá, expresa una finalidad bien clara, restituir la situación de igualdad con otros empleados del Distrito, es decir evitar que la diferencia que antes favorecía a los grados 05 y 06, en desmedro de otros empleados del mismo grado de otros niveles de la administración se perpetúe. El medio elegido por la administración no es irrazonable, pues no hay

otra forma de restablecer la igualdad; en tanto el incremento salarial que corresponde a cada año vendría a reproducir la desigualdad existente a favor de los empleados de los grados 05 y 06. Obviamente la relación entre el medio empleado y el fin que se busca se cumple cabalmente, pues de otro modo se repetiría año tras año la inequidad.

La norma cuestionada en verdad no afecta derechos constitucionales aun salario, el mínimo vital móvil, ni a la dignidad, pues parte del supuesto de que los empleados de los grados 05 y 06 venían devengando un salario superior al que les corresponde, de modo que de ningún derecho han sido privados si es que su capacidad adquisitiva estaba garantizada de antemano. Dicho lacónicamente, si los empleados de ese grado venían recibiendo anticipadamente una cantidad superior a la de sus pares en la administración, ya habían recibido anteladamente el incremento al que tenían derecho al final del año.

5.- También se ha planteado que hubo lesión del derecho de igualdad, pues mientras que unos servidores, incluso de ingresos superiores a los grados 05 y 06, recibieron incremento a este segmento de trabajadores se les privó del referido aumento.

No obstante, a partir del artículo 13 de la Carta es claro que se debe tratar igual a los iguales y de modo desigual a los desiguales, y así ha acontecido en este caso, pues por el privilegio de que gozaban anteladamente los servidores de los grados 05 y 06, no pueden ser tomados como iguales frente a los demás trabajadores, pues como quedó evidenciado los grados 05 y 06 estaban en notoria ventaja frente al resto.

Puestas en esta dimensión las cosas, erró el Tribunal, cuando anuló el Decreto No. 889 del 23 de noviembre de 2001, bajo la consideración de que la Administración produjo con el acto una aplicación regresiva de las asignaciones salariales, o que expuso a los trabajadores a un detrimento de su capacidad adquisitiva, menos, que discriminó a un grupo determinado pues es nítida la diferencia de los grados 05 y 06 frente a los demás empleados de su rango, pues aquellos gozaban desde antes de un privilegio que no podía mantenerse.

DECISIÓN

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

FALLA

REVOCASE, la sentencia de 31 de mayo de 2007, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, subsección “B” accedió a las pretensiones de la demanda formulada por la Asociación Nacional de Empleados de las Personerías de Colombia contra el Distrito - Alcaldía Mayor de Bogotá, y en su lugar, y en su lugar

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

