



Cartagena de Indias D.T y C., dieciseis (16) noviembre de Dos Mil Diecisiete .
(2017)

Acción	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	13-001-33-31-010-2013-00025-01
Demandante	ALFONSO ÁLVAREZ TAPIAS
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	No es posible aumentar del 75% a 100% la pensión de invalidez de un empleado del orden territorial, aplicando la ordenanza No. 27 de 1976, por haberse arrogado la Asamblea Departamental funciones que constitucionalmente se encuentran en cabeza del Congreso.

I. ASUNTO A DECIDIR

Incumbe a la Sala, resolver la apelación interpuesta, por la parte demandante, contra la sentencia del 24 de noviembre de 2015, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se inaplicó por inconstitucional la ordenanza No. 27 de 1976 y se denegaron las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por ALFONSO ÁLVAREZ TAPIAS, por conducto de apoderado judicial.

2.2. Demandado

La acción está dirigida en contra del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.



2.3. La demanda¹.

La presente acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue instaurada por el señor ALFONSO ÁLVAREZ TAPIAS, por conducto de apoderado judicial, con el objeto que se declare la nulidad del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 1347 de 5 de agosto de 1996, *"Por medio del cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual de invalidez."*

Como consecuencia de la anterior, solicita las siguientes declaraciones,

2.4. Pretensiones

"Que mediante los tramites del Proceso de Nulidad y Restablecimiento del derecho de Carácter Laboral, se ordene por esa autoridad, que la Resolución No. 1347 de cinco (5) de Agosto de Mil novecientos Noventa y seis (1996), por cuanto desconoció las situaciones de orden legal, expresadas en el Capítulo hechos, es NULA, por haberse dictado Violando las Normas en las que debía Fundarse y con Falsa e Indebida Motivación y que como consecuencia de ello, se ordene RELIQUIDAR LA PENSIÓN a que se contrae este libelo, EN EL CIENTO POR CIENTO DEL SALARIO QUE DEVENGABA AL MOMENTO DE SER DICTADA, ordenando que se le reconozca las diferencias salariales respectivas, los intereses de mora y su valor histórico, actualizando las nuevas sumas que sean reconocidas, teniendo en cuenta, no solo la diferencia inicial, sino los incrementos que han tenido las mesadas pensionales desde julio de 1996, hasta cuando se paguen efectivamente o la Sentencia que desate esta Litis quede Ejecutoriada."

2.5. Hechos

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expone los siguientes:

Relata la parte demandante que mediante la Resolución 1347 de 5 de Agosto de 1996 se liquidó de manera errada la pensión de invalidez, porque debió tener en cuenta el 100% del salario mensual promedio del último año de servicio y se hizo por el 75%, aplicándole equivocadamente la Ley 4ª de 1966 y no el Decreto 1848 de 1969.

Expresa que el ente territorial demandado viola el artículo 13 de la Constitución, cuando reliquidó otras pensiones acorde con la Ley 6ª de 1945, el artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, así como el artículo 4 de la Ley 4ª de

¹ Folios 1-4 del C.Ppal No. 01



1966, tales como CECILIA LÓPEZ QUINTERO, CARMEN GUERRERO DE BERROCAL y PEDRO MARTINEZ.

2.6. Normas Violadas y Concepto De Violación

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Constitución Política. Artículos 2,13,25,53 y 58
- Ley 4ª de 1966. Artículo 4
- Decreto 1848 de 1969. Artículo 63
- Ley 6 de 1945. Artículo 17 literal c)
- Decreto 2767 de 1945. Artículo 9
- Ordenanza 27 de 1976

Del concepto de la violación expuesto por la parte demandante, se puede destacar lo siguiente:

Considera que el Fondo de Previsión Social del Departamento de Bolívar, al momento de liquidar la pensión de actor, interpretó de forma errada el artículo 4 de la Ley 4ª de 1966, pues esta norma al decir que toma el 75% del salario devengado como base para liquidar las pensiones de jubilación o invalidez, lo que hace es trazar un tope mínimo a la cuantía de la pensión la cual no puede estar por debajo de ese porcentaje, sin que ello quiera significar que ese sea el máximo a reconocer. En palabras del apoderado del actor, el artículo en mención *"le pone limite al mínimo de esa Pensión, no es que cierre la posibilidad para establecer el límite máximo"*

Que la falta de precisión de esa disposición a la hora de señalar un límite máximo para determinar el quantum pensional, genera una duda que debe ser resuelta a la luz del principio de favorabilidad consagrado por el artículo 53 de la Constitución, de acuerdo con el cual en caso de duda en la aplicación e interpretación en las fuentes formales del derecho se atenderá la situación más favorable al trabajador.

Señala que en el caso del demandante, la situación más favorable es la contemplada en la Ley 6ª de 1945 artículo 17 literal c) o en el Decreto 1848 de 1969 artículo 63, pues ambas disposiciones ordenan que ante un grado de invalidez total (100%), el valor de la pensión recaerá también sobre el 100% del salario mensual devengado, recuerda que la posición de la demandada, es que el Decreto 1848 de 1969 al ser de orden nacional no aplica para los



trabajadores del departamento, interpretación que a juicio de la parte actora resulta restrictiva y va en contravía de los postulados del Estado de Derecho.

Manifiesta que el acto acusado fue expedido bajo la vigencia de la ordenanza No. 27 de 1976 expedida por la Asamblea del Departamento de Bolívar, norma que no ha sido suspendida, derogada ni declarada nula y mediante la cual la Asamblea le ordenaba al Gobierno Departamental acudir en materia pensional a las normas de orden nacional que regularan situaciones más favorables al trabajador; pese a lo anterior, observa que el Departamento de Bolívar, considera que la menciona ordenanza es violatoria de la constitución, criterio que la parte demandante cuestiona, pues el mismo desconoce que en relación con aquella existe la "Presunción de legalidad de obligatorio cumplimiento"

Concluye que el artículo 9 del Decreto 2767 de 1945, contiene la orden a los entes departamentales de reconocer las prestaciones sociales teniendo en cuentas las normas más favorables al trabajador, y les impone el deber de adoptar su reglamentación por medio de ordenanzas, decretos, laudos arbitrales, etc. En consecuencia, el acto acusado fue expedido con desconocimiento de las normas en las que fundarse y con falsa e indebida motivación.

2.7. Contestación de la Demanda²

2.7.1 DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

Se opone a las pretensiones de la demanda y solicita se tenga como legal y constitucional el acto administrativo acusado, toda vez que fue expedido conforme a derecho.

Razones de la defensa

Explica que las normas que pretende aplicar el demandante fueron expedidas para regular ciertas prestaciones con relación a los empleados y pensionado del nivel nacional y no para territoriales, luego entonces, los preceptos invocados no cobijan su situación concreta y la Administración departamental no puede reconocer un porcentaje que no tiene respaldo legal.

² Folios 46-48 C. Ppal No. 1



Arguye que para resolver las prestaciones sociales del señor ALFONSO ÁLVAREZ TAPIAS, debió aplicarse la Ley 6ª de 1945, artículo 4ª de la Ley 4 de 1966, el Decreto 1743 de 1966 y la Ley 5ª de 1969, las cuales han precisado clara y expresamente que las pensiones de invalidez se liquidan y se pagan tomando como base el 75% del promedio de salarios devengados durante el último año de servicio.

Por último, es evidente que el porcentaje pretendido con sustento en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 no es procedente en la medida que tal normatividad sólo es aplicable a las pensiones de los servidores del sector público nacional, las razones a que alude el demandante no son suficientes para concluir que la normatividad acusada fue erróneamente interpretada, puesto que es claro su tenor, al disponer que *"Las normas de este Decreto y del Decreto 3135 de 1969, que consagra prestaciones sociales, se aplicaran a los empleados Públicos nacionales de la rama administrativa del poder público, mientras la ley no disponga otra cosa"* y siendo claro el tenor de la ley, no es dable por el interprete darle unos alcances distintos a hacerlo producir efectos en ámbitos diferentes.

Excepciones

- Falta de legitimación en la causa por activa

El señor ALFONSO ÁLVAREZ TAPIAS, no está legitimado en la causa, pues no tiene la titularidad del derecho alegado, razón por la cual deben negarse todas y cada una de las pretensiones de la demanda, pues no es pensionado del nivel nacional y no pueden aplicársele normas que no cobijan su situación concreta, puesto que de hacerse así se desbordaría el querer del legislador y siendo claro el tener de la ley, no es dable a su intérprete darle unos alcances distintos o hacerlo producir efectos en ámbitos diferentes.

- Prescripción

Solicita se declare la prescripción de cualquier valor causado con anterioridad a 3 años contados a partir de la interposición de la demanda de la referencia.



III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de primera instancia inaplica por inconstitucional la ordenanza No. 27 de 1976 y deniega las pretensiones de la demanda.

Consideró que los actos demandados están amparados por la presunción de legalidad, no se observa violación de las normas invocadas, ni tampoco se demostró que con su expedición se incurriera en una falsa e indebida motivación, por cuanto el actor en su condición de empleados del orden territorial, esta cobijado por el régimen contenido en la Ley 4ª de 1966, la cual prevé que la pensión de invalidez se liquida tomando como base el 75% del promedio mensual de las asignaciones percibidas en el último año de servicio y no puede extenderse en su caso en particular los decretos No. 3135 de 1968 y 1848 de 1969, porque sus prescripciones solo son aplicables a los empleados públicos del orden nacional, y ni siquiera por vía de un acto ordenanzal cabe la posibilidad al tratarse de un asunto que por disposición expresa del constituyente se halla sometido a reserva legal; además como la ordenanza No. 27 de 1976, cuya aplicación solicitó el actor, va en contravía con el principio de legalidad, es una norma inconstitucional y deberá ser inaplicada.

Con relación a la vulneración del derecho a la igualdad, por ser una actuación ilegal, es inexistente y no puede ser fuente generadora de derechos, por lo que deniega las pretensiones de la demanda.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se disponga la nulidad del acto administrativo acusado y el respectivo restablecimiento del derecho.

Que disiente de la decisión del juzgado porque la ordenanza No. 27 de 23 de noviembre de 1976, si bien se refiere a los trabajadores del orden territorial no se abroga funciones atribuidas al Congreso, pues lo único que hace es mencionar a lo que el Congreso corresponde, haciendo incluso honor a sus determinaciones.



Que el numeral 7° del artículo 300 reformado por el acto legislativo No. 1° de 1996 en su artículo 2°, establece las atribuciones de las Asambleas Departamentales, destacándose "...Determinar (...) las escalas de remuneración correspondientes a sus diversas categorías de empleos (...)"

Que con fundamento en lo anterior, la Asamblea de Bolívar, se atiene a las normas vigentes, de obligatoria aplicación a la luz del principio constitucional de la favorabilidad, reconociendo el derecho a la igualdad, de cara a los derechos de los trabajadores, no suplantó al Congreso, sino que hizo extensivos sus mandatos a los trabajadores del ente territorial Departamento de Bolívar, ya que entre sus funciones se encuentra la de establecer las Escalas de Salarios y con ello las de sus prestaciones sociales, pues estas se producen como resultado del salario devengado, ya que no viene prohibido en modo alguno interpretar sus propios actos mediante nuevas ordenanzas.

Resalta, que de la redacción de la ordenanza materia de este asunto, se tiene que solo reconoce que los trabajadores gozaran de los mismos derechos laborales que los nacionales, no se abrogó funciones del Congreso, sino que solo se refirió a que las del Departamento no serían inferiores a aquellas, no violó principio constitucional alguno.

Que la declaratoria de inconstitucionalidad de la ordenanza de que es materia el presente asunto, la Ley 100 de 1993 privilegia los intereses del demandante, independientemente de cualquier decisión extemporánea de inconstitucional decretada, para que le sea reconocida una situación particular y concreta generadora de derechos que venía consolidada, pues lo declarado por el juez no afecta los derechos, porque la ordenanza no remplacea funciones del Congreso y en virtud del reconocimiento que para estos casos trae la Ley 100 de 1993 *"que habiendo quedado consolidada su situación jurídica individual con arreglo a aquellas disposiciones Departamentales o Municipales, lo dispuesto en la Ley 100 opera, a partir de su vigencia y no tiene efectos retroactivos. Dicho de otra manera, no hay lugar a desconocer esas situaciones"*, pues mi cliente fue declarado inválido en el año de 1996 esto es cuando ya la Ley 100 estaba vigente. Es por eso precisamente que dentro del cúmulo de contradicciones que anotamos en la Sentencia, debemos poner que (sic) presente que en esta se reconoce se dice bajo el entendido, que las prestaciones sociales de los servidores públicos a nivel departamental, se regirán por las normas de carácter nacional contenidas en leyes y decretos cuando estos fueron más favorables."



Finaliza la parte demandante explicando que la Asamblea Departamental no ha violado la Constitución y en consecuencia su acto es aplicable al caso controvertido, pues la reglamentación para este caso conserva su rango legal, pues precisamente se refiere a la aplicación de la ley, diciendo que se aplicará la más favorable al trabajador y siempre hacia el futuro.

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, por auto del 23 de junio de 2016³, mediante auto de 24 de agosto de 2016 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.⁴

VI. ALEGATOS Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

6.1. Parte Demandante⁵: Reitera los argumentos esbozados en el recurso de apelación, insistiendo en que la sentencia después de realizar un análisis de todos los razonamientos, desconoce el principio constitucional de favorabilidad, inaplica un acto porque a su juicio *"la parte demandante no puede pretender derivar de una norma inconstitucional el reconocimiento de su reajuste pensional, razón por la cual el cargo de ilegalidad no está llamado a prosperar."*

6.2. Parte Demandada: No alegó en segunda instancia.

6.3. Ministerio Público⁶: La agente del Ministerio Público no rindió concepto.

³ Folio 6 C. Segunda Instancia

⁴ Folio 8 C. Segunda Instancia

⁵ Folios 9- 10 Ibidem

⁶ Folios 14-19 C. Segunda Instancia



VII. CONSIDERACIONES

7.1. Control de Legalidad

Tramitada la segunda instancia, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes.

7.2. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 133 numeral 1º del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con sentencia de primera instancia la cual fue apelada.

El estudio de la Sala, se contraerá solo y en cuanto respecta al objeto de la apelación, que para el caso se concreta es la decisión de inaplicar por inconstitucional la ordenanza No. 27 de 1976.

7.3. Actos administrativos demandados.

Con la demanda se pretende la nulidad del siguiente acto administrativo: Resolución No. 1347 de 5 de ~~Agosto~~ Agosto de 1996, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual de invalidez.

7.4. Problema jurídico.

Atendiendo el recurso de apelación, el problema jurídico dentro del sub lite, se centran en determinar si,

¿Tiene derecho el demandante como empleado público del orden territorial, al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en el mismo porcentaje que reciben los empleados públicos del orden nacional, por aplicación de la ordenanza No. 27 de 1976?



7.5 Tesis de la Sala

La Sala señala que se confirmará la sentencia recurrida, toda vez que los argumentos y fundamentos del recurso de apelación resultan infundados, pues la parte demandante pretende con fundamento al principio de favorabilidad la aplicación de la ordenanza No. 27 de 1976 expedida por la Asamblea Departamental de Bolívar, que es una corporación pública del orden territorial, la cual, carecía de competencia para crear o regular las prestaciones sociales, arrogándose facultades que estaban reservadas para aquella época al Congreso de conformidad con el artículo 11 del Acto Legislativo No. 1 del 12 de diciembre de 1968, modificatorio del artículo 76 de la Constitución de 1886 y también para la Constitución de 1991, le corresponde al Congreso fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos y el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150, numeral 19 literales e) y f), es decir, que es dable colegir que la excepción de inconstitucionalidad aplicada a la mencionada ordenanza se encuentra ajustada a derecho.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación y para solventar el mérito del sub examine, se hará alusión a los temas alegados en el proceso, a saber: (i) antecedente jurisprudencial sobre la excepción de inconstitucionalidad, (ii) antecedente jurisprudencial sobre la competencia para crear prestaciones sociales y salariales de los empleados del orden territorial, (iii) caso concreto; (iv) conclusión.

7.6. Concepto y alcance de la excepción de inconstitucionalidad

La honorable Corte Constitucional en sentencia⁷ de unificación establece el alcance y contenido de la excepción de inconstitucionalidad, indicando lo siguiente:

"La jurisprudencia constitucional ha definido que "la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los

⁷ Sentencia SU 132-2013 Magistrado Ponente: ALEXEI JULIO ESTRADA, 13 de marzo de 2013.



eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales". En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política."

Nuestro tribunal constitucional en la sentencia antes mencionada, establece que existe un defecto sustantivo por no aplicar la excepción de inconstitucionalidad, señalando:

"La razón por la cual se considera que el no hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad da lugar a un defecto sustantivo es debido a que, el juez competente empleó una interpretación normativa sin tener en cuenta que ésta resultaba contraria a los derechos y principios consagrados en la Carta Fundamental. Por lo tanto, basó su decisión en una norma que, de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución, no podría existir en nuestro ordenamiento. En consecuencia, se expide un fallo con fundamento en normas que, siendo de menor jerarquía, van en contra de los principios y derechos establecidos en la Constitución Política y, así, se genera un quebrantamiento de la misma."

7.7. De la competencia para crear prestaciones sociales y salariales de los empleados del orden territorial.

El Consejo de Estado⁸ ha explicado las reglas sobre la competencia para crear prestaciones sociales y salariales de los empleados del orden territorial, así:

"Las prestaciones sociales constituyen pagos que el empleador hace al trabajador, directamente o a través de las entidades de previsión o de seguridad social, en dinero, especie, servicios u otros beneficios, con el fin de cubrir los riesgos o necesidades del trabajador originados durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Se diferencian de los salarios en que no retribuyen directamente los servicios prestados, y de las indemnizaciones, en que no reparan perjuicios causados por el empleador.

La Corte Constitucional⁹ ha abordado la clasificación y definición de las prestaciones sociales en los siguientes términos:

"(...) La ley laboral clasifica las prestaciones sociales a cargo del empleador en los siguientes dos grandes grupos:

Las prestaciones sociales comunes, que son aquellas que corren a cargo de todo empleador independientemente de su capital. Pertenecen a esta

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ , ocho (8) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00018-01 (4840-15)

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-823 de 2006, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.



especie las prestaciones por accidente y enfermedad profesional, el auxilio monetario por enfermedad no profesional, el calzado y vestido de labor, la protección a la maternidad, el auxilio funerario y el auxilio de cesantía.

Las prestaciones sociales especiales, que por el impacto económico que conllevan, están a cargo de ciertas empresas atendiendo a su capital, como son la pensión de jubilación, el auxilio y las pensiones de invalidez, escuelas, especialización, primas, servicios y el seguro de vida colectivo.

(...)"

Frente a la competencia de las Corporaciones Públicas del nivel territorial para crear o establecer elementos prestacionales, se han proferido diversos pronunciamientos por parte de las altas Cortes, en las cuales se ha señalado que las citadas corporaciones carecen de competencia para fijar el régimen prestacional. Concretamente, esta Corporación¹⁰ frente a la competencia para regular el régimen prestacional de los empleados públicos del orden territorial, consideró:

"(...) A partir de la reforma constitucional de 1968 (Acto legislativo No. 01 del 11 de diciembre de 1968), la competencia para fijar tanto las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos del orden nacional, como el régimen prestacional de los empleados públicos se radicó exclusivamente en el Congreso de la República, tal como quedó establecido en el numeral 9º del artículo 76 de la Carta; por su parte, el numeral 21 del artículo 120 ibídem autorizó al Presidente de la República para fijar la asignación salarial de los empleos del orden nacional central, dentro de las escalas de remuneración fijadas por el Congreso de la República de conformidad con el numeral 9º del artículo 76.

Ahora, con la expedición de la Constitución Política de 1991, corresponde al Congreso mediante la expedición de leyes marco, señalar las normas generales, objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos y el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150, numeral 19 literales e) y f)

(...)

Se presenta entonces, una competencia compartida entre el Legislador y el Ejecutivo para efectos salariales y prestacionales; aquel mediante la ley marco determina unos parámetros generales, conforme a los cuales éste último habrá de fijar todos los elementos propios del régimen salarial y prestacional respecto de los empleados públicos.

En desarrollo de lo anterior fue expedida la Ley 4ª de 1992, por medio de la cual el Gobierno quedó habilitado para fijar mediante decreto, entre otros, el régimen prestacional de los empleados de las entidades territoriales, de conformidad con lo prescrito en el artículo 12 de la citada ley; y en su párrafo único se dispuso que el Gobierno señalaría el límite máximo salarial de estos servidores, guardando equivalencias con cargos similares en

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 30 de julio de 2015, Radicación No. 76001 23 31 000 2010 01613 01, Actor: Empresas Municipales de Cali – EMCALI, C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.



el orden nacional; asimismo, se proscribió cualquier potestad reguladora que en materia prestacional se pretendiera por parte de las corporaciones públicas territoriales.

(...)

Del análisis de las normas enunciadas se concluye, que la determinación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales compete al Gobierno Nacional, de acuerdo con los parámetros señalados por el Legislador. En cuanto al régimen salarial, el Gobierno señala el límite máximo salarial de los servidores públicos territoriales teniendo en cuenta su equivalencia con los del orden nacional.

(...)

En suma, el Presidente de la República puede establecer, para el sector territorial, los regímenes salariales y prestacionales de los empleados públicos y señalar las prestaciones mínimas de los trabajadores oficiales, pero debe sujetarse a la ley marco expedida por el Congreso, que en nuestro caso es la Ley 4ª de 1992.

Del recuento anterior, se desprende que antes de la Constitución de 1991, la competencia para fijar el régimen prestacional tanto de empleados nacionales como de los empleados territoriales estaba exclusivamente atribuida a la ley, de manera que correspondía privativamente al Congreso de la República su determinación, sin distinción del sector al cual pertenecieran, y que a partir de la expedición de la Carta Política actual, el régimen prestacional de los empleados públicos del nivel territorial lo determina el Gobierno de conformidad con la ley, en virtud de la competencia conjunta derivada del artículo 150 – numeral 19 – literal e) del Ordenamiento Superior y habilitada por el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, dictada en desarrollo de aquel.

Así se concluye, que ni en vigencia de la Constitución de 1886 ni a partir de la Carta de 1991, podían las entidades territoriales expedir actos de reconocimiento pensional con fundamento en acuerdos internos o extralegales, pues no tenían facultades para ello (...).

Así mismo, esta Sala¹¹ respecto del fundamento legal que ha soportado el criterio jurisprudencial sobre la competencia para crear o modificar prestaciones en los niveles nacional, departamental y municipal, desde tiempo atrás anotó:

"(...) En cuanto a la competencia para crear o modificar prestaciones sociales de los servidores del Estado a nivel nacional, departamental o municipal, sólo puede ser establecido por el Congreso o el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias; en este sentido la Corporación ha sido reiterativa y normativamente el soporte de este criterio jurisprudencia radica en:

a.- La Constitución Nacional de 1886, en los siguientes artículos:

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 19 de mayo de 2005. Rad. No. Interno: 4396 - 2002.- C. P. Dr. Jesús María Lemus Bustamante.



"ART. 62. - La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución; las condiciones de ascenso y de jubilación y la serie de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del tesoro público

(...)

ART. 76 Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: ... g).~ 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 distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales.

(...)".

De acuerdo con lo señalado, la competencia del Gobierno Nacional para fijar el régimen prestacional de los empleados públicos, se encuentra establecida en los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política que señalan que corresponde al Congreso de la República dictar las normas generales y los criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar dicho régimen, así como dictar las normas que regulen el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales, y para tal efecto el legislador expidió la Ley 4ª de 1992.

En otras palabras, se puede sostener que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es legal y reglamentario razón por la cual debe ser fijado por las Autoridades competentes como quedó establecido"

De la jurisprudencia anotada se destaca, que la Constitución establece la regulación de los asuntos salariales y prestacionales en el orden territorial, donde los alcaldes y los gobernadores con base en el máximo salarial previamente delimitado por el gobierno nacional, deben señalar las escalas de remuneración en sus distintas categorías de empleos, pero en lo relativo al régimen prestacional de los empleados públicos territoriales, les está vedado, regular el régimen de prestaciones sociales, por expresa prohibición constitucional.

7.8. Caso concreto.

Para una mejor ilustración y para efectos prácticos, la Sala hace una sintaxis de los argumentos del recurso de apelación, destacándose que el recurrente disiente de la decisión del juzgado porque la ordenanza No. 27 de 23 de noviembre de 1976, si bien se refiere a los trabajadores del orden



territorial no se abroga funciones atribuidas al Congreso, pues lo único que hace es mencionar a lo que el Congreso corresponde, haciendo incluso honor a sus determinaciones.

Concluyendo que de la redacción de la ordenanza materia de este asunto, se tiene que solo reconoce que los trabajadores gozaran de los mismos derechos laborales que los nacionales, no se abrogó funciones del Congreso, sino que solo se refirió a que las del Departamento no serían inferiores a aquellas, no violó principio constitucional alguno.

Para continuar en el estudio del recurso, se transcribe lo señalado en la ordenanza No. 27 de 23 de noviembre de 1976¹² *"Por la cual se interpretan varias Ordenanzas"*

"LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR ORDENA:

ARTICULO PRIMERO: Interpretanse (sic) los artículos 26, 2 y 11 de las Ordenanzas No. 11 de 1964, 007 de 1966 y 13 de 1968, en el sentido de que lo dispuesto por esta Asamblea fue que las prestaciones sociales de este Departamento se regiran (sic) por las normas de carácter nacional contenidas en leyes y decretos cuando éstos fueron más favorables no solo en relación (sic) con las existentes en el momento de expedición de estas Ordenanzas, sino en las que en el futuro se dictaren. En consecuencia las normas nacionales dictadas con posterioridad a los artículos de las Ordenanzas mencionada san debido y deben aplicarse cuando fueren más favorables.

(...)"

En la sentencia objeto de recurso, el A quo inaplica por inconstitucional la ordenanza antes transcrita, con el argumento que la ordenanza establece el alcance interpretativo de unas disposiciones sobre prestaciones sociales y al mismo tiempo establece efectos hacia el futuro, bajo el entendido que las prestaciones sociales de los servidores públicos a nivel departamental se regirán por las normas de carácter nacional cuando fueren más favorables, además señaló que las constituciones de 1886¹³ y la de 1991¹⁴, ambas expresamente establecen que una de las funciones del Congreso es hacer las leyes y por medio de ellas, fijar el régimen salarial y de prestaciones sociales de los servidores públicos y régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales, concluyendo que la Asamblea Departamental desbordó sus atribuciones constitucionales, pues bajo el

¹² Folio 60

¹³ Art. 76

¹⁴ Art. 150 literal e)



ropaje del principio de favorabilidad, se abrogó competencias que no le corresponden.

Realizado el recuento anterior, esta Corporación, considera que la Ordenanza No. 27 de 1976 indica que las prestaciones sociales del departamento se regirán por las normas de carácter nacional cuando estos fueron más favorables, es decir, que cuando las normas nacionales no sean más benéficas se aplicaran las leyes que para el efecto existan en el departamento, es decir, del contenido de la ordenanza se extrae que el ente territorial se atribuye competencias que por expresan prohibición de la constitución no puede apropiárselas.

Constitución de 1886	Constitución de 1991
"Art. 76 (modificado por el art. 11 del Acto Legislativo No. 1 de 1968) Artículo 11. El Artículo 76 de la Constitución Nacional quedará así: Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejercer las siguientes atribuciones: 1ª (...) 9ª 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 distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales; (...)"	"Art. 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.

Igualmente la Ley 4ª de 1992, faculta al Gobierno para me mediante decreto fije el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales, reiterando la prohibición de que las prestaciones sociales son indelegables en las Corporación Públicas territoriales, señalando el artículo 12¹⁵ lo siguiente:

¹⁵ El anterior precepto fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-315 del 19 de julio de 1995, "siempre que se entienda que las facultades conferidas al Gobierno se refieren, en forma exclusiva, a la fijación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales, al régimen prestacional mínimo de los



"Artículo 12º.- El régimen prestacional de los servidores públicos de la 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."

Sobre este tópico la Corte Constitucional ha señalado que en materia de prestaciones sociales, el Gobierno tiene la competencia para determinar régimen prestacional de empleados públicos de entidades territoriales, indicando lo siguiente:

"Corresponde única y exclusivamente al Gobierno Nacional fijar el régimen prestacional de los empleados públicos de los entes territoriales, siguiendo, obviamente, los parámetros establecidos por el legislador en la ley general. En tratándose de los trabajadores oficiales de estas entidades, al Gobierno solamente le corresponde regular el régimen de prestaciones sociales mínimas, según lo establece el literal f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución. Es decir, que a partir de esos mínimos, las corporaciones públicas territoriales podrían establecer un régimen prestacional mayor al señalado por el Gobierno Nacional, sin que pueda entenderse que estos entes están usurpando competencia alguna en cabeza del ejecutivo central. "El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores -se refiere a los de las entidades territoriales- guardando equivalencia con cargos similares en el orden nacional". (Negritas fuera de texto)

De lo anterior se infiere, que con la Constitución 1886, ni con la Constitución 1991 y la Ley 4ª de 1992, la competencia para fijar el régimen prestacional de los empleados territoriales, esta exclusivamente atribuido al Congreso, es decir, que ninguna autoridad territorial (Concejo o Asamblea), tiene la facultad de reconocer a sus servidores públicos prestaciones sociales.

Atendiendo el marco legal y jurisprudencial esbozado, así como el hecho probado de que el demandante ALFONSO ÁLVAREZ TAPIAS, prestó sus servicios en el Departamento de Bolívar, en la Secretaría de Servicios Administrativos, División de Recursos Físicos, tal como se señala en la Resolución 1347 de 1996¹⁶, esta Sala considera que no le asiste el derecho a reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en un porcentaje del 100% del salario mensual promedio del último año de servicios, por cuanto el actor pretende la aplicación de la ordenanza No. 27 de 1976 expedida por la Asamblea Departamental de Bolívar, que es una corporación pública del orden territorial, la cual, carecía de competencia para crear

trabajadores oficiales territoriales y al límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales."

¹⁶ Folios 6-7



este tipo de emolumentos, pues se arrogó facultades que estaban reservadas para aquella época al Congreso de conformidad con el artículo 11 del Acto Legislativo No. 1 del 12 de diciembre de 1968, modificadorio del artículo 76 de la Constitución de 1886 y bajo la vigencia de la Carta Política actual, le corresponde al Congreso señalar las normas generales, objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos y el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150, numeral 19 literales e) y f), es decir, que teniendo en cuenta lo consagrado en ambas constituciones, se evidencia, que la demandada se apropia de unas funciones competenciales, que solo le corresponde al Congreso.

Ahora bien, con relación a la excepción de Inconstitucionalidad esta es una prerrogativa otorgada a los jueces, magistrados y a los servidores públicos que en función administrativa, puedan entrar a dejar de aplicar una norma porque se considera inconstitucional, consagrado en el artículo 4º de la Constitución Política, ahora para que esta opere es necesario que se observe una flagrante oposición entre las normas constitucionales y la norma cuya inaplicación por esta vía se pretende, así lo ha establecido el Honorable Consejo de Estado en los siguientes términos:

"La excepción de inconstitucionalidad es uno de los mecanismos de control establecidos para garantizar la supremacía de la Constitución, cuyo fundamento deviene del artículo 4º superior y faculta a todas las autoridades administrativas y judiciales para que, en la resolución de una situación particular y concreta, inapliquen una disposición legal o reglamentaria por ser contraria a la Constitución. La Corte Constitucional estableció que para inaplicar las normas contrarias a la Carta Política, se debe verificar que el contenido de la disposición sobre la que se predica la inconstitucionalidad sea evidentemente contrario a la Constitución. De tal manera que, el concepto de incompatibilidad es elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, quien está llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento. En este sentido, valiéndose del significado del vocablo incompatibilidad, la Corte ha dicho que 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"¹⁷

¹⁷CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA
Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS Bogotá, D.C., Quince (15) de



que deba dejar de aplicarse la norma vigente cuando se estructuró la invalidez, porque no puede aplicarse la mencionada ley de manera retrospectiva, bajo el argumento del principio de favorabilidad.

- El argumento del recurrente apoyado en la Ley 100 de 1993, no fue motivo de los cargos de nulidad propuestos en la demanda, sería un hecho nuevo, luego entonces, la parte demandada no tuvo oportunidad de pronunciarse en la contestación de la demanda, lo cual releva al juez de segunda instancia de cualquier pronunciamiento sobre el fondo del asunto, en lo relativo a la aplicación de la mencionada ley.

7.9 Conclusión

En este orden de ideas, se confirmará la decisión proferida por el juez de primera instancia, atendiendo que los argumentos y fundamentos del recurso de apelación resultan infundados, toda vez que la parte demandante pretende con fundamento al principio de favorabilidad la aplicación de la ordenanza No. 27 de 1976 expedida por la Asamblea Departamental de Bolívar, que es una corporación pública del orden territorial, la cual, carecía de competencia para crear o regular las prestaciones sociales, arrogándose facultades que estaban reservadas para aquella época al Congreso de conformidad con el artículo 11 del Acto Legislativo No. 1 del 12 de diciembre de 1968, modificatorio del artículo 76 de la Constitución de 1886 y también para la Constitución de 1991, le corresponde al Congreso fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos y el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150, numeral 19 literales e) y f), es decir, que es dable colegir que la excepción de inconstitucionalidad aplicada a la mencionada ordenanza se encuentra ajustada a derecho.

Además, el argumento del recurrente apoyado en la Ley 100 de 1993, no fue motivo de los cargos de nulidad propuestos en la demanda, lo cual releva al juez de segunda instancia de cualquier pronunciamiento sobre el fondo del asunto, en lo relativo a la aplicación de la mencionada ley. En consecuencia, los fundamentos del recurso de apelación no desvanecen las consideraciones del A quo en la sentencia recurrida.



Apoyado en la excepción de inconstitucionalidad el Juez de primera instancia, consideró que al demandante no pueden extenderse la aplicación de los Decretos No. 3135 de 1698 y 1848 de 1969, porque sus prescripciones solo son aplicables a los empleados públicos del orden nacional y ni siquiera por vía ordenanza cabe la posibilidad, pues se trata de un asunto que por disposición expresa de la constitución, se halla sometido a reserva legal, siendo claro, que la ordenanza No. 27 de 1976, va en contravía al principio de legalidad, por consiguiente es una norma inconstitucional y debe ser inaplicada. Argumento que se encuentran ajustados a derecho y conforme a la ley; lo anterior significa, que los fundamentos del recurso de apelación, no desvanecen las consideraciones del Juez de primera instancia, en consecuencia, la sentencia apelada se confirmará.

Se aclara que el A quo no ha sacado del mundo jurídico la ordenanza, sino que le ha dado aplicación al artículo 4º de la Carta Política, al no aplicarla a este caso concreto y la sentencia C- 400/2013, sirve para decir que aquí no se está ante un juicio de constitucionalidad, ni de nulidad de la ordenanza, sino ante su palmaria oposición con la constitución, por lo tanto, el juez no se ha abrogando funciones de otro órgano con funciones jurisdiccionales.

De otro lado, pero dentro del mismo contexto, en cuanto a lo manifestado por el impugnante que debió aplicarse la Ley 100 de 1993, porque el reconocimiento de la pensión se hizo en el año 1996, se hacen las siguientes precisiones:

- La Resolución No. 1347 de 1996, expresa que se estructuró¹⁸ la pensión de invalidez el 29 de junio de 1993, para esa fecha no estaba vigente la Ley 100 de 1993, que entró a regir el 1º de abril de 1994 y para empleados territoriales el 30 de junio de 1995.
- El hecho que se expidió el acto administrativo demandando el 5 Agosto/96, es decir, en vigencia de la ley 100 de 1993, no significa

marzo de dos mil doce (2012) Radicación número: 25000-23-27-000-2007-00072-01(17719)
Actor: JOSE ALBERTO CASTRO HOYOS Y CIA S.C.A. CONSTRUCTORA NACIONAL DE OBRAS CIVILES.

¹⁸ Ver folio 7



VIII. COSTAS

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

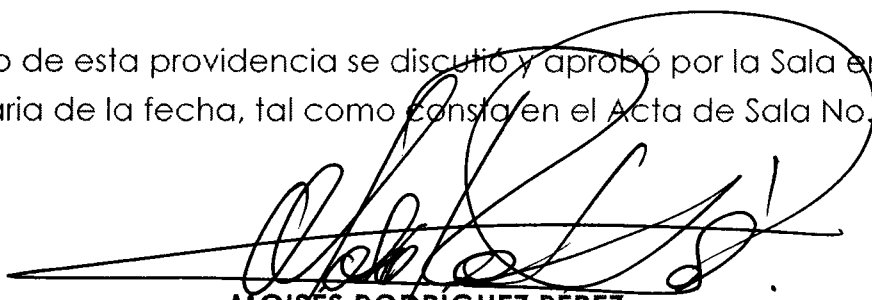
PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia del 24 de noviembre de 2015, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

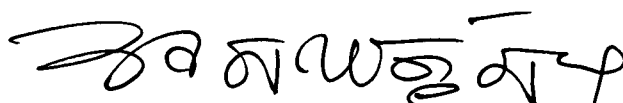
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta de Sala No. 85


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado Ponente


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
Magistrado


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Magistrado

