



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**  
**SALA DE DECISIÓN No. 4**

**MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**

Tunja, siete (7) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

<b>DEMANDANTE:</b>	MARTHA LUCIA ESTUPIÑAN MERCHAN Y OTROS
<b>DEMANDADO:</b>	MUNICIPIO DE DUITAMA
<b>REFERENCIA:</b>	152383333752-2014-00044-01
<b>MEDIO DE CONTROL:</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>TEMA:</b>	PRIMA DE SERVICIOS
<b>ASUNTO:</b>	<b>SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA</b>

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia proferida el 30 de octubre del 2014, por el Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA**

#### **1.1. DEMANDA**

##### **1.1.1. Declaraciones y Condenas (fls. 9- 10)**

Las señoras MARTHA LUCÍA ESTUPIÑAN MERCHAN, MARÍA DEL CARMEN MORENO BARRERA, MARÍA EDELMIRA FONSECA AMEZQUITA, MARÍA DE LA CRUZ PINEDA VELOZA, MARÍA AMPARO BUITRAGO VIVAS, MARÍA LUISA RODRÍGUEZ ARIAS, MARÍA SILENIA DAZA MÁRQUEZ, MIRYAM MARLEN GONZÁLEZ BECERRA, NELLY ANTONIA RINCÓN MEJÍA, a través de apoderado, acudieron a esta jurisdicción a fin ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

### **1.1.2 PRETENSIONES: (fls 9-10)**

Las pretensiones de la demanda se resumen así:

Se solicitó se declare la nulidad de los oficios 2013EE1952, 2013EE1926, 2013EE1917, 2013EE1920, 2013EE1915, 2013EE1912, 2013EE1971, 2013EE1961, 2013EE1906, 2013EE1935, 2013EE1905, 2013EE1940, 2013EE1979, del 9 de agosto del 2013, y oficios 2013RE2279, 2013RE2278, del 5 de septiembre del 2013, expedidos por la Secretaría de Educación del Municipio de Duitama, actos administrativos que decidieron de manera negativa el reconocimiento, liquidación y pago de la prima extralegal o de servicios, contemplada en el artículo 22 del decreto 157 del 9 de noviembre de 1990 proferido por el Alcalde de dicho Municipio en uso de las facultades conferidas en el Acuerdo municipal 004 del 9 de junio de 1990.

A título de reconocimiento del derecho solicitan que se condene a la demandada al reconocimiento, liquidación y pago de la prima extralegal o de servicios equivalente a 30 días de salario, desde el 1 de enero de 2003 a la fecha.

Por otro lado, solicitan que se reajusten y cancelen todas las prestaciones sociales y salariales que habitualmente perciben; para que la prima de servicios se tenga en cuenta en las correspondientes liquidaciones.

Finalmente, que las sumas reconocidas, se indexen en los términos contemplados en la ley y en las sentencias que sobre el tema profieran; que se reconozcan, intereses comerciales y moratorios y que se dé cumplimiento a la sentencia según lo dispuesto en los artículos 187, 192 y 193 del C.P.A.C.A.

### **1.1.2. Fundamentos Fácticos (fl. 10)**

Los hechos se resumen en la siguiente forma:

Los demandantes laboran o laboraron como docentes vinculados al servicio público de la educación en el municipio de Duitama.

Los accionantes elevaron petición ante la entidad demandada solicitando el reconocimiento, liquidación y pago de la prima extralegal o de servicio, desde el 1 de enero de 2003 hasta la fecha

El municipio de Duitama mediante actos administrativos acusados negó la petición aludida.

La solicitud de conciliación prejudicial adelantada ante la procuraduría judicial administrativa, se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio entre las partes, quedando agotado el requisito de procedibilidad para acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Los demandantes manifestaron que laboran como docentes vinculados al servicio público de la educación en el Municipio de Duitama.

Señalaron que elevaron petición ante la entidad demandada solicitando el reconocimiento, liquidación y pago de la prima extralegal o de servicios desde el 1º de enero de 2003, a la fecha, solicitud que la Entidad Territorial despachó desfavorablemente, mediante los actos administrativos acusados.

La solicitud de conciliación prejudicial adelantada ante la Procuraduría Judicial Administrativa, se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio entre las partes, quedando agotado el requisito de procedibilidad para acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

### **1.1.3. Normas Violadas (fls. 10-17)**

El apoderado de la parte actora refirió como normas violadas el preámbulo y artículos 2, 4, 6, 25, 29, 53, 83, 90, 93, 94, 121, 122 y 209 de la Constitución Política; ley 60 de 1993 y 715 de 2001, artículo 81 de la ley 812 de 2003, ley 115 de 1994, ley 91 de 1989, ley 715 de 2001, artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 y los artículos 3 e inciso 2 del artículo 137 del C.P.A.C.A.

## **1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **• Municipio de Duitama (fls. 132-137)**

Dentro de la oportunidad procesal concedida para el efecto, la apoderada judicial de la entidad demandada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Manifestó, que el decreto 157 de 1990 "Por medio del cual se adopta el estatuto prestacional de las entidades de la administración pública del orden municipal", excluye de su campo de aplicación a los docentes, porque estos gozan de un régimen prestacional especial contemplado en las leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994.

Señaló, que el régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios estatales, que en virtud del proceso de descentralización de la educación ostentan el carácter de servidores públicos del orden departamental, distrital o municipal, se regirán por el decreto ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen, y para los profesores que ingresen a partir del año 2002, se ceñirán por el Decreto 1278 del 2002.

Finalmente, propuso como excepciones de fondo las siguientes:

- "*Excepción de inconstitucionalidad*", manifestó que se debe inaplicar el Decreto Municipal No. 157 de 1990, que creó la prima de servicios, toda vez que el Concejo Municipal no tenía competencia para decidir, crear y proferir regulación alguna respecto a dicha prestación, así como fijar su monto, periodicidad y establecer quienes tenían o no derecho a su reconocimiento.

- "*Inexistencia de la obligación- cobro de lo no debido*", señaló, que el municipio no tiene la obligación de reconocer y pagar la prima extralegal a los docentes por cuanto ésta se creó únicamente para los empleados del orden central de la administración municipal.

- "*Prescripción*", indicó que en el caso de que prosperen las pretensiones de la demanda, los docentes tan solo tendrían derecho al reconocimiento de la prima de servicios causada dentro de los 3 años anteriores a la presentación de la petición, porque en ese momento se interrumpió la prescripción del derecho reclamado.

### **1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama, mediante sentencia proferida el 30 de octubre del 2014 (fls. 190-195), resolvió:

**“PRIMERO.- Declarar** fundada la excepción de inconstitucionalidad del Decreto 157 de 1990, propuesta por el Municipio de Duitama de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO.- Inaplicar** por inconstitucionalidad el Decreto 157 de 1990 expedido por el Alcalde del Municipio de Duitama, por las razones señaladas en la presente providencia.

**TERCERO.- Negar** las pretensiones de la demanda.

**CUARTO.- Condenar** en costas a la parte vencida, las cuales se liquidarán por secretaría, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

**QUINTO.- Se fijan** como agencias en derecho la suma correspondiente al dos por ciento (2%) del valor de las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

(...).”

Para adoptar tal determinación, el *a quo* realizó un recuento legal y jurisprudencial sobre la materia, precisando que la naturaleza de la prima de servicios, es eminentemente salarial, pues es un estímulo o contraprestación que se otorga a los empleados por los servicios prestados a la entidad, y no para cubrir una contingencia, riesgo o infortunio a la que pudiera verse sometido el trabajador, para pensar que encaja dentro de las denominadas prestaciones sociales.

En ese sentido, indicó que el Decreto 157 de 9 de noviembre de 1990, fue expedido por el Alcalde Municipal de Duitama, en uso de las atribuciones legales y en especial las conferidas en el Acuerdo No. 004 de 9 de junio de 1990, es decir, bajo la vigencia de la Constitución Política de 1886, en la cual se estableció una competencia compartida y concurrente en materia salarial, pues tanto el Presidente de la República como los gobernadores, podían fijar los emolumentos de los empleados de sus dependencias, siempre con sujeción a las leyes o normas expedidas por el Congreso y las asambleas.

Señaló que dicha situación se consolidó definitivamente con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, con la cual se continuó con esos mismos lineamientos, atribuyendo a las asambleas departamentales y a los concejos municipales y distritales, la facultad de establecer las escalas de remuneración dentro de los parámetros generales fijados en la ley, a saber: nivel, grado y remuneración básica, reservando la facultad de fijar

el régimen salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales al Congreso de la República y al Gobierno Nacional.

Conforme a lo anterior, y para el caso concreto, advirtió que ni el Alcalde ni el Concejo Municipal para la época en que se creó la prima de servicios para los servidores públicos y trabajadores oficiales del orden municipal, tenían competencias para crear emolumentos o factores salariales a favor de los empleados de la entidad territorial, según lo dispuesto en el Acto Legislativo No. 1 de 1968 que reformó la Constitución Política de 1886 y actualmente tal como lo consagra la Constitución de 1991. Lo anterior, como quiera que la entidad territorial se arrogó una competencia que está en cabeza de otros órganos como es el Congreso de la República y el Gobierno Nacional, por cuanto su participación se limita a determinar las escalas de remuneración y no a crear primas o acreencias salariales.

#### **1.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN**

Inconforme con la decisión, la parte actora por intermedio de su apoderado, apeló la sentencia con fundamento en lo siguiente: (fls.198-201)

Indico que el a –quo, desconoció los vicios de nulidad que adolecen los sacos administrativos que niegan el reconocimiento y pago de la prima extralegal o de servicios estatuida a favor de todos los funcionarios vinculados a la entidad.

De igual forma que los actos administrativos impugnados están viciados de ilegalidad.

Que se desconoce que a través de los procesos de descentralización (Ley 60 de 1993 y 715 de 2001), la Nación fue subrogada por las entidades territoriales en el cumplimiento de las obligaciones que le correspondían en materia salarial y prestacional, correspondiéndole efectuar el pago de los mencionados derechos a las entidades territoriales certificadas como nominadoras de los docentes.

Señaló que frente al sector educativo la Ley 715 de 2001, determinó la planta docente, convirtiéndola en departamentales, distritales o municipales, es decir, administrada por el Departamento, el Distrito o el

Municipio, respectivamente, según sea la vinculación territorial del respectivo docente, tal como lo señaló la Ley 60 de 1993, señalando además que no se podían modificar los derechos prestacionales y salariales de los docentes, contenidos en la Ley 91 de 1989.

Sostuvo que el Decreto 1919 de 2002, *“por el cual se fija el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”*, zanjó la distinción del régimen salarial y prestacional de los empleados de orden territorial y del orden nacional, indicando en el artículo 1º que los empleados de los entes territoriales también gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

Así mismo, consideró que frente a los demás funcionarios públicos que pertenecen a la entidad demandada, dejar por fuera al personal docente de las instituciones educativas de las prebendas contenidas en el acuerdo municipal expedido por el Alcalde, en especial el referido a la prima extralegal o de servicios, vulnera su derecho a la igualdad, cuando la ley y la jurisprudencia ya han reconocido que gozarán de los mismos beneficios que reciban los empleados públicos del ente territorial al que pertenecen.

Finalmente, refirió que para la época en que se expidió el Acuerdo Municipal 004 de 9 de junio de 1990, por el cual se facultó al Alcalde del Municipio de Duitama para expedir el Decreto 157 de 9 de noviembre de 1990, en el que se incluyó la prima extralegal a favor de los empleados y trabajadores al servicio del Municipio de Duitama, se encontraba vigente la norma constitucional que lo habilitaba, esto es, la Constitución de 1886, artículo 187 y posteriormente el Acto Legislativo No. 1 de 1945, en consecuencia no resulta procedente restarle a dicho acto su validez y eficacia del ordenamiento jurídico del cual forma parte el Decreto 157 de 1990.

## **2. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA**

El anterior recurso fue concedido mediante auto de 27 de noviembre de 2014, por el Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama (fl. 204) y admitido por esta Corporación mediante proveído de 29 de enero de 2015 (fl. 209). A través de auto del 12 de febrero de

2015, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 212). En proveído del 14 de mayo del 2015 ésta sala remitió al H. Consejo de Estado para que emitiera concepto de unificación (fls 236-238). Finalmente, en auto del 11 de mayo del 2016, el H. Consejo de Estado devuelve el expediente, manifestando innecesario avocar conocimiento, toda vez que ya existe decisión de unificación de jurisprudencia frente este asunto (fl.250).

## **2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

- **Municipio de Duitama (fls 215 – 216)**

A través de apoderado judicial, el Municipio de Duitama, afirma que el fallo recurrido se ciñe a los lineamientos y directrices constitucionales, legales y jurisprudenciales reiterados por el Consejo de Estado y tenidos en cuenta por el *a quo*, toda vez que no es posible acceder a la reclamación pretendida por los docentes consistente en el reconocimiento, liquidación y pago de la prima de servicios contemplada en el Decreto Municipal 157 de 1990, en tanto los docentes gozan de un régimen salarial y prestacional especial sin que les sea aplicable la norma local, teniendo en cuenta que el régimen de los educadores estatales es el establecido en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, pues de no ser así, se incurre en una violación al principio de inescindibilidad, siendo evidente que los demandantes pretenden buscar lo más ventajoso de cada norma, creando un régimen diferente al establecido en la ley.

Precisa que por el hecho de asumir las entidades territoriales la carga de administrar y manejar la educación en sus niveles preescolar, primaria y secundaria oficial, con los recursos del Sistema General de Participaciones antes situado fiscal, tenga la obligación sin norma alguna que así lo determine y sin el traslado de recursos, de reconocer y pagar la prima extralegal creada únicamente para los empleados del orden central de la administración municipal.

- **Ministerio Público (fls.231-234)**

Señala que el mandato constitucional plasmado en la carta de 1991 en lo referente a la distribución de competencias para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, docentes y directivos

docentes, se reservó en cabeza del Congreso de la República y del Gobierno Nacional.

En consecuencia, ni las Asambleas departamentales, ni los Concejos municipales, gobernadores o alcaldes, tenían ni tienen la facultad para crear asignaciones salariales a partir del acto legislativo 01 de 1968, ni prestacionales desde la ley 6 de 1945,

Por tanto, para el Agente del Ministerio público, los actos administrativos demandados, se ajustan al ordenamiento jurídico toda vez que no es posible el reconocimiento de los derechos pretendidos por los actores con fundamento en normas que son incompatibles con la Constitución Política, de modo que la excepción de inconstitucionalidad aplicada por el a-quo es procedente para el presente caso.

- La parte demandante guardó silencio.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 30 de octubre de 2014, por el Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama.

### 1. PROBLEMA JURÍDICO

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, corresponde a esta Sala establecer si: *tal como lo decidió el a quo en la providencia impugnada el Alcalde del Municipio de Duitama carecía de competencia para expedir el Decreto No. 157 de 9 de noviembre de 1990, mediante el cual se creó la prima extralegal o de servicios a favor de sus empleados, y en ese orden, establecer si los demandantes tienen derecho a percibirla, tal como se aduce en la demanda y en el recurso de apelación.*

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso, para dirimir el objeto de la Litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

- **Tesis argumentativa propuesta por la Sala**

*La Sala modificará la sentencia de primera instancia, en razón a que legal ni constitucionalmente el Alcalde del Municipio de Duitama contaba con la facultad para crear emolumentos ni prestaciones sociales a favor de sus empleados, a través del Decreto No. 157 de 9 de noviembre de 1990 por él expedido, pues desde la reforma constitucional de 1968, la facultad atribuida a dichas entidades, se circunscribe únicamente a fijar las escalas salariales a fin de establecer los grados o niveles para las distintas categorías de empleos sin que puedan crear elementos salariales o prestacionales. En ese sentido, es procedente inaplicar por inconstitucionalidad el literal m) del artículo 4 y los artículos 22, 23, 24 y 25 del Decreto en mención, en virtud del artículo 148 del CPACA, negando de esta manera las pretensiones de la demanda.*

## **2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

Para llegar a una decisión respecto del objeto de la Litis planteada en esta sede, la Sala estudiará los planteamientos propuestos en el problema jurídico, al tenor del siguiente orden expositivo así: **i)** La naturaleza jurídica que ostenta la prima extralegal o de servicios; y **ii)** El régimen de competencias fijado por el ordenamiento jurídico en materia salarial y prestacional.

### **2.1. Naturaleza jurídica de la prima extralegal o de servicios**

Con el fin de determinar la naturaleza jurídica del derecho reclamado (prima extralegal o de servicios), es necesario traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado en torno al concepto de salario, a propósito del examen efectuado en torno a la Ordenanza 23 de 1980 proferida por la Asamblea Departamental de Boyacá, que creó un emolumento de la misma denominación.

En ese sentido precisó la alta Corporación<sup>1</sup>:

*"Como las prestaciones sociales y el salario se derivan igualmente de la relación de trabajo, se hace necesario distinguirlas. Constituye salario todo*

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 10 de julio de 2008. Rad. No. 2481-07. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

lo que se paga directamente por la retribución o contraprestación del trabajo realizado, en cambio las prestaciones sociales se pagan para que el trabajador pueda sortear algunos riesgos claramente identificables, como por ejemplo el de la vejez (pensión), la enfermedad (seguridad social de salud) y el de la capacidad para laborar (vacaciones).

Las prestaciones sociales no emergen por criterios particulares y concretos, sino por aspectos generales en relación con todos los trabajadores o un grupo considerable de ellos, en cambio el salario sí se constituye frente a casos particulares y concretos, atendiendo un factor objetivo, esto es, en razón a la naturaleza del cargo, y/u otro factor subjetivo, por la persona que desempeña el empleo. El primer factor depende de la responsabilidad y complejidad del cargo o empleo, y el segundo, entre otras circunstancias, según la capacidad, nivel académico o experiencia del empleado.

Por lo anterior, **el salario corresponde a una suma de varios valores que corresponden a varios elementos salariales**, de los cuales, de conformidad con cada régimen prestacional aplicable, algunos de ellos se tienen en cuenta para las prestaciones sociales, es decir, como factores salariales.

Bajo estos conceptos, la Sala puede concluir que el derecho laboral que trata la precitada Ordenanza Departamental No. 23, corresponde a un elemento salarial, porque fue creada solamente para aquellos docentes con 20 años de experiencia (factor subjetivo) que se encontraran por fuera de la edad, según la ley, de vejez; emolumento que se debe pagar calculando el 20% del sueldo (elemento salarial objetivo), es decir, siempre y cuando se siga ejerciendo la actividad docente."

De conformidad con el citado precedente jurisprudencial, la Sala entiende que el emolumento reclamado –prima extralegal o de servicios-, creado por el Municipio de Duitama, tiene naturaleza salarial en la medida que se creó para retribuir directamente los servicios del trabajador y no para cubrir una contingencia a la que pudiera verse sometido.

## **2.2. Régimen de competencias fijado históricamente por el ordenamiento jurídico en materia salarial y prestacional**

En este punto, la Sala advierte en primer lugar que el Acuerdo 004 de 9 de junio de 1990 y su Decreto Reglamentario No. 157 de 9 de noviembre del mismo año, fueron expedidos bajo la vigencia de la Constitución Política de 1886, razón por la cual resulta imperioso estudiar, para esa época, cuál era la competencia del Concejo Municipal en relación con el Régimen Salarial de los empleados públicos del Municipio de Duitama.

La Constitución Nacional de 1886, en su artículo 76, numeral 7º reservaba al Congreso la facultad de "crear todos los empleos que demande el servicio público, y fijar sus respectivas dotaciones", y en el numeral 3º, la

de "conferir atribuciones especiales a las Asambleas Departamentales", potestad revalidada en el artículo 187 *ibídem*, según el cual "Las Asambleas Departamentales, además de sus atribuciones propias, podrán ejercer otras funciones por autorización del Congreso."

Posteriormente, el Acto Legislativo No. 3 de 1910, se facultó a las Asambleas Departamentales para fijar "(...) el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos", luego desarrollada mediante el numeral 25 del artículo 97 de la Ley 4ª de 1913.

Seguidamente, el Acto Legislativo No. 1 de 1945, reiteró tanto la autorización para que el Congreso confiriera atribuciones especiales a las Asambleas Departamentales, como la facultad conferida por el Acto Legislativo de 1910, para que éstas fijaran el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos. Así las cosas, se puede decir que bajo la vigencia de la normatividad en cita, los entes territoriales, tenían competencia solamente para fijar los "sueldos" de sus empleados.

Ahora bien, en el año de 1968, se profirió el Acto Legislativo No. 1, que modificó la Constitución de 1886, e introdujo el concepto de escalas de remuneración, que debían ser establecidas por el Presidente de la República para el nivel Nacional, por las Asambleas para la Administración Departamental y por los Concejos en el orden Municipal; en consecuencia, a la luz de la norma referida, los entes territoriales tenían competencia para fijar las escalas de remuneración, más no la modificación del régimen prestacional.

En ese sentido, es pertinente destacar el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 18 de julio de 2002, Rad. No. 1393, mediante la cual se efectuaron las siguientes precisiones, en relación con este punto en particular, así:

*"De todo lo anterior, se tiene que antes de la expedición de la Constitución de 1991, conforme a la reseña histórica, el sistema salarial y prestacional de los empleados públicos presentaba las siguientes características:*

- a) *De 1886 a 1968. Según el texto original del artículo 62 de la Constitución de 1886, la ley determinaba las condiciones de jubilación y el Congreso de la República creaba todos los empleos y fijaba sus respectivas dotaciones (artículo 76.7). Con el Acto Legislativo No. 3 de 1910, se facultó a las Asambleas para fijar el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos (art. 54.5). El artículo 22 de la Ley 6ª de 1945 facultó al gobierno para señalar por decreto las prestaciones a pagar a los empleados territoriales. **No existía norma,***

**como tampoco ahora, que facultara a las entidades territoriales para establecer prestaciones sociales.**

- b) A partir del acto legislativo No. 1 de 1968, el Congreso determinaba las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales (art. 11). Sin embargo, se contempló la posibilidad de revestir "pro tempore" al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para regular la materia (artículo 76.12). **En todo caso, es claro que para esa época el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los niveles -nacional, seccional o local- tenía única y exclusivamente carácter legal, no siendo viable su reconocimiento mediante actos jurídicos de distinto contenido -acuerdos, ordenanzas, actas convenio o convenciones colectivas-**.
- c) El Acto Legislativo No. 1 de 1968, clarificó que las Asambleas establecían las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo (artículo 187 de la Constitución de 1886) y los gobernadores fijaban sus emolumentos (artículo 194-9 ibídem). Tales atribuciones fueron conferidas al concejo distrital y al alcalde mayor de Bogotá, por el artículo 2º del decreto 3133 de 1968. El artículo 92.3 del decreto 1333 de 1986, **estableció como atribución de los concejos municipales, a iniciativa del alcalde respectivo, la de determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos,** funciones que, respecto a las entidades descentralizadas municipales, se otorgaron a las autoridades señaladas en los actos de creación o en sus estatutos orgánicos (artículo 290 ibídem)". (Resalta el Tribunal).

Con la expedición de la Carta Política de 1991, las competencias en materia salarial se distribuyen entre el Congreso, a quien de conformidad con el literal e) del numeral 19 de su artículo 150, le corresponde fijar el régimen salarial de los empleados públicos -al igual que el prestacional-<sup>2</sup> y el Gobierno, a quien en el numeral 14 de su artículo 189 se le atribuyó la facultad de fijar las dotaciones y emolumentos de los empleos que demande la Administración Central<sup>3</sup>.

De esta forma se aprecia cómo 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

---

<sup>2</sup> "Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: ... 19. Dictar normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos: ... e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública".

<sup>3</sup> Artículo 189. 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".

Legislador quien por medio de la ley -tal como lo hizo con la ley 4ª de 1992-, le fija 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 Ejecutivo se encuentra facultado para señalar los límites máximos en los salarios de los servidores, quedando claro que en materia prestacional el Congreso conserva una facultad exclusiva y excluyente.

Por su parte, a las Asambleas Departamentales como lo establece el numeral 7º de su artículo 300, luego de la modificación introducida por el Acto Legislativo No. 1 de 1996, les corresponde por medio de ordenanzas determinar las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo, de lo que es evidente que la facultad que le fue otorgada a esas corporaciones desde la reforma constitucional de 1968, se perpetúa en la Carta Fundamental de 1991.

De otro lado a los gobernadores, como lo señala el numeral 7º en su artículo 305, les compete fijar los emolumentos de sus dependencias con sujeción a la ley a las ordenanzas respectivas.

Y a los concejos municipales, de igual manera, tal como lo estipula el numeral 6º de su artículo 313, les incumbe determinar las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo, y los Alcaldes, como lo prescribe el numeral 7º de su artículo 315, deben fijar los emolumentos de sus dependencias con arreglo a los acuerdos correspondientes.

Así las cosas, se observa que en materia salarial, las competencias que les asiste al Congreso de la República y al Gobierno de manera concurrente, son complementadas en el orden territorial, según la normativa superior, con las funciones atribuidas a las autoridades territoriales, es decir, a las asambleas departamentales y al gobernador, al igual que a los concejos municipales y al alcalde, siempre dentro de los límites señalados por el Gobierno Nacional.

Se resalta que la facultad constitucional otorgada a los concejos municipales para fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo, es de índole eminentemente técnica, y no comprende la facultad de crear el salario o factores salariales ni prestaciones sociales, sino que se limita a la de agrupación o

clasificación de los empleos del nivel municipal en las diferentes categorías, debiendo señalar en forma escalonada las consecuencias económicas que se derivan de dicha categorización.

De manera que los concejos municipales dentro del sistema de remuneración de los cargos territoriales, gozan por virtud de la preceptiva constitucional, de autonomía para fijar los sueldos correspondientes a cada una de las diferentes categorías ocupacionales, pero siempre dentro del límite máximo fijado por el Gobierno Nacional y los alcaldes deben sujetar su actuación a tales parámetros, a la hora de determinar el sueldo concreto asignado a cada una de ellas.

### 3. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso *sub examine*, se observa que el argumento principal de la demanda se centra en que los demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago de la prima extralegal de que trata el Decreto Reglamentario No. 157 de 9 de noviembre de 1990, expedido por el Alcalde del Municipio de Duitama, remuneración destinada a los empleados al servicio de la administración central de dicho municipio, dentro de los cuales, considera la parte actora, se encuentran los docentes vinculados al citado ente territorial.

Al respecto, la Sala encuentra que el Concejo Municipal de Duitama, mediante Acuerdo No. 004 de 9 de junio de 1990 "*Por medio del cual se dictan normas sobre el personal al servicio del Municipio y se dan unas autorizaciones*", en su artículo 7º dispuso que "*Autorízase al Alcalde de Duitama para que dentro del término de tres (3) meses contados a partir de la publicación del presente acuerdo, profiera el estatuto de personal y prestacional que habrá de regir al Municipio de Duitama, sus entidades descentralizadas y Contraloría del Municipio.*"<sup>4</sup>

Atendiendo lo anterior, el Alcalde del Municipio de Duitama expidió el Decreto No. 157 de 9 de noviembre de 1990 "*Por medio del cual se adopta el Estatuto Prestacional de las entidades de la Administración Pública del orden municipal*"<sup>5</sup>, que en sus artículos cuarto y veintidós a

---

<sup>4</sup> Folios 148 a 149.

<sup>5</sup> Folios 151 a 154.

veinticinco, establecieron el reconocimiento de una prima de servicios y la forma en que debe pagarse dicha prestación, así:

**“ARTÍCULO CUARTO.- CLASES DE PRESTACIONES.-**

*Las entidades de la administración pública del orden municipal, reconocerán y pagarán las siguientes prestaciones sociales:*

*(...)*

*m. Prima de servicios;*

*(...)*

**ARTÍCULO VEINTIDÓS.- PRIMA DE SERVICIOS.-**

*Los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden municipal, tendrán derecho a una prima anual equivalente a un salario mensual por año.-*

**ARTÍCULO VEINTITRÉS.- PAGO DE LA PRIMA DE SERVICIOS.-**

*La prima de servicios se pagará de la siguiente manera: el equivalente a quince (15) días al finalizar el primer semestre del año y el equivalente a los quince (15) días restantes, al finalizar el año calendario.-*

**ARTÍCULO VEINTICUATRO.- BASE PARA LIQUIDAR LA PRIMA DE SERVICIOS.-**

*Esta prima se liquidará sobre los factores de salario que a continuación se determinan:*

- a. El sueldo básico fijado para el respectivo cargo; y,*
- b. Los gastos de representación permanentes.-*

*PARÁGRAFO: Para liquidar la prima de servicios se tendrá en cuenta el último sueldo devengado a treinta (30) de junio y a treinta (30) de noviembre.*

**ARTÍCULO VEINTICINCO.- PAGO PROPORCIONAL DE LA PRIMA DE SERVICIOS.-**

*Cuando el empleado público o el trabajador oficial, no haya trabajado el año completo en la misma entidad del orden municipal, tendrán derecho al pago proporcional de la prima, a razón de una doceava (1/12) parte por cada mes completo laborado, y siempre que hubieren servido en la entidad correspondiente por lo menos tres (3) meses dentro del respectivo semestre.-*

*PARÁGRAFO: Cuando el empleado oficial cambie de servicio dentro de las dependencias del orden municipal sin que haya solución de continuidad, el tiempo laborado en la primera se computará para efectos de la liquidación de esta prima.-*

*Se entiende que hubo solución de continuidad cuando medien más de treinta (30) días.*

*(...)"*

En tal medida, y conforme al marco normativo y jurisprudencial expuesto en párrafos anteriores, el Alcalde del Duitama no contaba con la facultad para crear emolumentos ni prestaciones sociales a favor de sus

empleados, por cuanto legal y constitucionalmente carecía de competencia para ello, pues se repite, desde la reforma constitucional de 1968, la facultad atribuida a dicha dependencia, se circunscribe únicamente a fijar las escalas salariales a fin de establecer los grados o niveles para las distintas categorías de empleos sin que puedan crear elementos salariales o prestacionales.

Por tal razón, la Sala advierte que el literal m del artículo 4º y los artículos 22, 23, 24 y 25 del Decreto No. 157 de 9 de noviembre de 1990, no pueden ser aplicados a favor de los demandantes, toda vez que, como quedó visto, dicho acto administrativo es ostensiblemente incompatible con la Constitución de 1886 y sus posteriores reformas, siendo procedente inaplicar por inconstitucionalidad la normatividad en mención, en virtud del artículo 148 del CPACA, el cual establece que *“en los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución o la ley (...)”*.

Valga recordar que esta posibilidad tiene sustento en el artículo 4º de la Constitución Política, que consagra el principio de la supremacía constitucional cuya efectividad debe ser garantizada por todas las autoridades de la República, incluidas, claro está, las pertenecientes a la rama judicial del poder público. Así mismo, es incuestionable que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad puede extenderse a disposiciones preconstitucionales, como la que se examina en esta oportunidad, tomando como referentes principios superiores que como el de la reserva de la ley en materia prestacional, hacen parte de los fundamentos de la organización del Estado desde antaño.

De otra parte, y aunque los demandantes sea considerados empleados territoriales, estos no pueden beneficiarse de una prima extralegal, toda vez que el régimen salarial que se les aplica no es otro que el previsto en la Ley 4ª de 1992, la cual estipula que sus salarios serán fijados por el Gobierno Nacional, además de las normas especiales que se expidan para dicho sector, como son las Leyes 91 de 1989 y 715 de 2001, normatividad aplicable antes de la expedición de la Ley 812 de 2003.

En cuanto a las implicaciones del Decreto 1919 de 2002, es claro que esta norma lo que hizo fue igualar el régimen de prestaciones sociales de los empleados territoriales a las reconocidas para los empleados nacionales.

Finalmente, considera la Sala que no existe vulneración alguna al derecho fundamental a la igualdad, pues como lo ha considerado el Consejo de Estado, ningún derecho puede tener respaldo en una disposición que ha desconocido los senderos de la norma superior, pues lo único que debe ser garantizado, son los derechos consolidados conforme a la ley<sup>6</sup>.

En consecuencia, siendo inaplicable por inconstitucionalidad la norma que se invoca como fundamento del emolumento reclamado, fuerza concluir que la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda, debe ser modificada en sus numerales primero y segundo de su parte resolutive.

#### 4. COSTAS

Sobre las costas en esta instancia, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., por remisión expresa del artículo 188 del C.P.A.C.A., dispone que *"se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien **se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación**, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto."*

Conforme al artículo 361 del C.G.P., las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho. De ahí que para determinar estas últimas es necesario acudir a lo establecido en el numeral 3.1.3 del artículo 6 del Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura que fija para los procesos ordinarios que se adelanten ante la jurisdicción contenciosa en segunda instancia *"Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia."*

En relación al criterio adoptado por el Honorable Consejo de Estado<sup>7</sup> frente a la imposición de la condena en costas, se debe precisar que a pesar de ser objetivo, se le califica de *"valorativo"* porque se requiere que en el expediente el Juez revise si las mismas se causaron, tal y como lo ordena el artículo 365 C.G.P.

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Rad. No. 1878 – Aclaración. C.P. Dr. William Zambrano Cetina.

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. CP. Guillermo Vargas Ayala. Expediente 25000-23-24-000-2012-00446-01. Fecha 16 de abril de 2015.

En el presente caso, se advierte que las mismas se generaron, atendiendo a que la parte demandada presentó alegatos de conclusión (fls. 215-216) por lo que se condenará a la parte vencida a su pago, las cuales serán liquidadas por el Juzgado de Primera Instancia siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

Igualmente, se fijan como agencias en derecho a cada uno de los demandantes, la suma de NOVENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS CON CUARENTA Y TRES CENTAVOS. (\$96.455.43), que corresponde al 3% de las pretensiones de la demanda (fl. 18), en virtud de lo dispuesto en el numeral 3.1.3, artículo 6 del Acuerdo 1887 de 2003.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

#### RESUELVE:

**PRIMERO: MODIFICAR** los numerales 1º y 2º de la sentencia del 30 de octubre de 2014, proferida por el Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama, que negó las pretensiones de la demanda, los cuales quedaran así:

*"PRIMERO.- Declarar parcialmente fundada la excepción de inconstitucionalidad del literal m del artículo 4º y los artículos 22, 23, 24 y 25 del Decreto 157 de 1990, propuesta por el Municipio de Duitama de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.*

*SEGUNDO.- Inaplicar por inconstitucionalidad el literal m del artículo 4º y los artículos 22, 23, 24 y 25 del Decreto 157 de 1990 expedido por el Alcalde del Municipio de Duitama, por las razones señaladas en la presente providencia."*

**SEGUNDO: CONFÍRMESE** en lo demás.

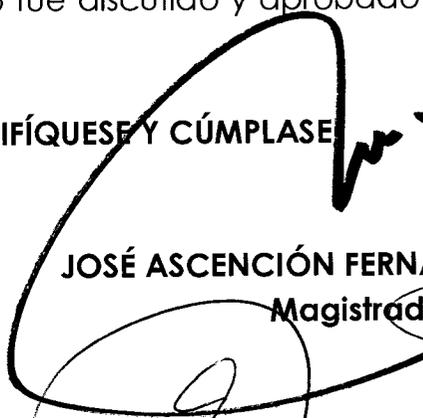
**TERCERO: CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandante en esta instancia, en virtud a que no prosperó el recurso de apelación. El Juzgado de primera instancia, procederá a su liquidación, de conformidad con el artículo 366 del C.G.P.

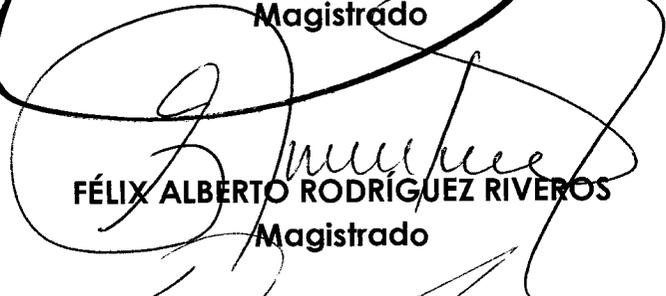
**CUARTO: FIJAR** como agencias en derecho a cada uno de los demandantes, la suma de CINCUENTA Y SEIS MIL, TRECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON QUINCE CENTAVOS (\$56.394.15), que corresponde al 3% de las pretensiones de la demanda (fl. 19), de conformidad con el Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

**QUINTO:** Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

Este proyecto fue discutido y aprobado en Sala de Decisión No.4 de la fecha.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**  
Magistrado

  
**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**  
Magistrado

  
**OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**  
Magistrado

**HOJA DE FIRMAS**

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**  
Rad. No. 15238333752-2014-00021-01  
Demandante: MAURICIO ENRIQUE REYS PEÑALOSA Y OTROS  
Demandado: MUNICIPIO DE DUITAMA

**NOTIFICACION POR ESTADO**

El auto anterior se notifica por estado  
No. 20 de hoy 08 FEB 2017