

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja,

31 MAR 2016

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Luís Eduardo Walteros Oicata**
Demandado : **Departamento de Boyacá**
Expediente : **15238-33-33-752-2014-00302-01**

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 27 de noviembre de 2014, por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La parte actora por intermedio de apoderado judicial concurre ante esta jurisdicción, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho según lo indica el artículo 138 del C.P.A.C.A., con el fin de obtener la nulidad del oficio 1.2.1.38-2013 PQR 28383 del 8 de octubre de 2013, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago del sobresueldo del 20% del salario básico.

A título de restablecimiento solicita que se ordene el reconocimiento y pago del sobresueldo del 20%, a partir del 27 de abril de 2007, por laborar 20 años al servicio de la educación y no cumplir con la edad de pensionada, de conformidad con lo dispuesto en la Ordenanza 023 de 1959.

Así mismo, que se reajuste liquide y pague todas las prestaciones sociales teniendo en cuenta el sobresueldo del 20%; que se pague la indexación; que se de cumplimiento al fallo conforme lo dispone el artículo 192 del C.P.A.C.A.;

que se reconozca los intereses moratorios si no se acata el fallo y que se condene en costas.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Relata la parte actora que se vinculó como docente al servicio del Departamento de Boyacá desde el 27 de abril de 1987, cumpliendo 20 años de servicio el día 27 de abril de 2007; que mediante la Ordenanza 023 de 1959 la Asamblea Departamental de Boyacá creó el sobresueldo del 20% para los maestros de escuelas que hubieran trabajado por 20 años y que no tengan la edad para jubilación, el cual se extendió para docentes de educación media por virtud de la Ordenanza 054 de 1967.

Indica que el Departamento de Boyacá expidió la Ordenanza 048 de 1995 por la cual derogó las Ordenanzas 023 de 1959 y 054 de 1967; que mediante sentencia de 24 de mayo de 2012 proferida por la Subsección B Sección Segunda del Consejo de Estado¹, se declaró la nulidad de la Ordenanza 048 de 1995 lo que dio lugar a que resurgieran a la vida jurídica las Ordenanzas 023 de 1959 y 054 de 1967, restableciéndose el derecho de los docentes que cumplan los requisitos allí exigidos para hacerse acreedores del sobresueldo del 20%; que, por lo anterior, elevó derecho de petición ante la demandada a fin de obtener el reconocimiento de dicha bonificación, siendo éste atendido de forma negativa mediante el acto administrativo demandado.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 5 de julio de 2014, en el que además se ordenó notificar a la entidad accionada y al agente del Ministerio Público de conformidad con lo previsto en los artículos 171 y 199 del C.P.A.C.A. modificado por el artículo 612 del C.G.P., (fl. 49).

¹ Magistrado Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

1. -Contestación de la demanda

El Departamento de Boyacá a través de su apoderado judicial manifestó oponerse a todas y cada una de las pretensiones planteadas, al considerar que la accionante se vinculó el 27 de abril de 1987, fecha para la cual las Ordenanzas 23 de 1959, 54 de 1967 y 13 de 1984 fueron derogadas por la expedición del Decreto 52 de 1994 que desarrolló las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992, en concordancia con lo dispuesto por la Ley 60 de 1993.

Así mismo, propuso las excepciones de ausencia de base legal para el reconocimiento de la bonificación para el año 2004 y prescripción.

2. Audiencia inicial

Mediante proveído de 4 de noviembre de 2014 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 180 del C.P.A.C.A. (fl.88).

Evaluada las etapas previstas en la audiencia inicial el *a quo* procedió a proferir sentencia al tratarse de un asunto de puro derecho en la forma dispuesta en el artículo 179 del C.P.A.C.A.

IV. FALLO RECURRIDO

El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama mediante fallo del 27 de noviembre de 2014, negó las pretensiones de la demanda. Las razones de su decisión se resumen a continuación.

Para el caso en concreto sostuvo que el demandante se vinculó como docente el 27 de abril de 1987, lo que significa que los 20 años de servicios los cumplió el 27 de abril de 2007, es decir, con posterioridad a la derogatoria de la Ordenanza 023 de 1959, lo cual se hizo a través de la Ordenanza 48 de 1995.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La parte apelante sostiene que el *a quo* al negar las pretensiones de la demanda, desconoció la sentencia de 24 de mayo de 2012 proferida por la Subsección A Sección Segunda del Consejo de Estado dentro del proceso No. 15001-2331-000-2008-00551-01 (0359-2011) que declaró la nulidad de la Ordenanza 48 del 15 de diciembre de 1995 y conforme a la cual las Ordenanzas 23 de 1959 y 54 de 1976 siguen surtiendo efectos.

Sostuvo que la demandante cumplió con el requisito exigido en la Ordenanza 023 de 1959 para el reconocimiento del sobresueldo del 20%; que en sentencia de 10 de julio de 2008 proferida por el Consejo de Estado con ponencia del Consejero Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren², se efectuó un estudio para establecer si las Ordenanzas 023 de 1959 y 54 de 1967 habían sido derogadas por leyes posteriores, concluyéndose que no había sido expedida disposición alguna que permitiera inferir que el pago de incrementos salariales por antigüedad para docentes territoriales hubiesen quedado excluidos o proscritos; que el derecho creado por la Ordenanza 23 de 1959 cuenta con validez y eficacia.

Finalmente, y de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, solicitó que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del presente asunto a fin de que profiera sentencia de unificación jurisprudencial, por cuanto dicha Corporación no ha unificado de forma clara un criterio que permita establecer el alcance y la vigencia de las ordenanzas 23 de 1959 y 54 de 1967, situación que puede observarse en las sentencias de 3 de abril de 2008³ y de 10 de julio de 2008 antes citada, proferidas al interior de la Sección Segunda del Alto Tribunal.

² Radicación No. 15001-2331-000-2002-02573-01 (2481-07), Actor: Ricardo Nel Ayala Becerra, Demandado: Departamento de Boyacá.
³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Magistrada Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Radicación No. 15001-2331-000-2001-00152-01 (9703-2005). Actor: Luis Miguel Coronado Jiménez; Demandado: Autoridades Departamentales.

VI. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El *a quo* mediante auto del 29 de enero de 2015 concedió para ante esta Corporación el recurso de apelación (fl.79).

En providencia del 19 de marzo de 2015 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl. 84).

Mediante proveído de 14 de mayo de 2015 se corrió traslado para alegar de conclusión (fl.87), oportunidad que aprovecho el Ministerio Público para solicitar la confirmación de la sentencia de primera instancia, al considerar que el demandante hasta la derogatoria de la Ordenanza 023 de 1959 no había cumplido los 20 años de servicio a que hace referencia el citado acto administrativo para su reconocimiento (fls. 88-90).

VII. CONSIDERACIONES

1. -Problema jurídico

Debe éste Tribunal determinar si el docente Luis Eduardo Walteros Oicata le asiste derecho al reconocimiento, liquidación y pago del 20% sobre la asignación básica en los términos de la Ordenanza 023 de 1959.

Para despejar este interrogante, la Sala considera necesario abordar los siguientes tópicos (i) marco jurídico del sobresueldo del 20%, (ii) derechos adquiridos y, (iii) la vigencia de la Ordenanza 023 de 1959, para entrar así a resolver el caso concreto.

Sin embargo, y previo a resolver el anterior interrogante la Sala se referirá ~~previamente~~ a la solicitud planteada por el apoderado de la parte apelante en su recurso de alzada respecto de aplicación del artículo 271 del C.P.A.C.A., -unificación de la jurisprudencia por parte del Consejo de Estado.

2. -De la solicitud de unificación de la jurisprudencia por parte del Consejo de Estado

El C.P.A.C.A., introdujo como una de sus novedades la posibilidad de elevar solicitud para que sea expedida la sentencia de unificación por el Consejo de Estado, facultad que se encuentra regulada por el artículo 271 de la norma *ibídem*, que dispone:

“Artículo 271. Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia. Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.

Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.

La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos”. Subrayado fuera de texto.

En consecuencia, para que el Consejo de Estado profiera sentencia de unificación jurisprudencial el proceso debe estar pendiente de fallo, mediando en todo caso solicitud de parte, de oficio, por remisión de las secciones o subsecciones o de los Tribunales o por solicitud del Ministerio Público. Ahora bien, para que sea remitido un proceso a fin que dicha Corporación asuma su conocimiento y emita sentencia de unificación jurisprudencial con fundamento en el artículo 271 del C.P.A.C.A., se deben cumplir los siguientes requisitos: *i)* el proceso debe ser tramitado por el Tribunal en única o segunda instancia y

estar pendiente de fallo, *ii*) importancia jurídica, trascendencia económica y social o necesidad de sentar jurisprudencia.

A continuación se verificará si se cumplen estos supuestos en el presente caso:

a) El proceso debe ser tramitado en única o segunda instancia y estar pendiente de fallo: Las presentes diligencias fueron asignadas al despacho No 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá mediante acta individual de reparto **588 del 24 de febrero de 2015** (fl. 82), para conocer del recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el **Juzgado Administrativo Segundo de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama**, por tanto, el presente medio de control se encuentra para proferir fallo de segunda instancia.

En efecto y acorde con el procedimiento establecido en el artículo 247 del C.P.A.C.A., el recurso fue admitido el 19 de marzo de 2015 (fls. 84) y se corrió traslado de alegatos de conclusión en providencia del 14 de mayo de 2015 (fls.87), por lo que el primer requisito se encuentra acreditado.

b) De la importancia jurídica: Señala el inciso tercero del artículo 271 del C.P.A.C.A., que para que el Consejo de Estado asuma el trámite a solicitud de parte, *“la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.”*

Encuentra la Sala que el peticionario se limitó a señalar que existen pronunciamientos de la Sección Segunda del Consejo de Estado que resultan opuestos, pero no señaló las circunstancias que ameritarían que esa Corporación asumiera el conocimiento del caso -importancia jurídica o trascendencia económica o social- (fl. 77), por lo que en este aspecto no se

cumplen los supuestos que exige la norma para que proceda la solicitud impetrada.

Las anteriores razones llevan a concluir que no hay lugar a tramitar la solicitud de unificación jurisprudencial y en cambio el asunto debe ser decidido de fondo por éste Tribunal.

3. -Marco jurídico del sobresueldo del 20%

Mediante Ordenanza 023 de 9 de diciembre de 1959, la Asamblea Departamental de Boyacá en su artículo 20 creó en favor de los docentes territoriales el derecho a percibir un 20% de aumento sobre su sueldo básico de la siguiente manera:

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

El anterior beneficio fue extendido a los educadores de enseñanza media a través del artículo 8º de la Ordenanza 054 de 1967 que señaló:

“Los Educadores de enseñanza Media que hayan cumplido veinte (20) años al servicio de la Educación Nacional de Departamento y no tengan la edad requerida por la Ley para ser jubilados, tendrán derecho a un aumento mensual del 20% sobre su sueldo básico”.

Sin embargo, la дума departamental mediante la Ordenanza 048 de 1995 derogó en su artículo 1º las Ordenanzas 23 de 1959, 054 de 1967 y 013 de 1984, sin perjuicio de los derechos adquiridos que establecía el artículo 2º al disponer:

“ARTICULO PRIMERO.- Derogar en su totalidad las Ordenanzas números 023 de diciembre 9 de 1959, 054 de diciembre 56 de 1967 y 013 de diciembre 11 de 1984”.

ARTICULO SEGUNDO.- Se respetarán los derechos adquiridos con fundamento en las ordenanzas que se están derogando. (...)”.

En este sentido, y para reglamentar lo estipulado en el artículo 2º *ibidem* se expidió el Decreto 463 de 1996, el cual en su artículo 1º precisó:

“ARTÍCULO PRIMERO: Para efectos del artículo 2º de la Ordenanza 48 de 1995, se entienden por derechos adquiridos las formas vigentes de liquidar y pagar salario de los docentes Nacionalizados y Departamentales vinculados hasta el 31 de diciembre de 1995.”

El Consejo de Estado al desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por éste Tribunal⁴, el 24 de mayo de 2012 declaró la nulidad de la Ordenanza 048 de 1995, al considerar que la asamblea departamental en materia prestacional nunca han tenido la facultad para modificar su régimen; ni la potestad, en el ámbito salarial, para crear o eliminar elementos o factores salariales, pues su competencia desde el año 1968 fue otorgada para únicamente establecer las escalas salariales.

De igual manera, mediante sentencia del 26 de enero de 2012, el Consejo de Estado, bajo el radicado interno 1510-10, declaró la nulidad del Decreto Ordenanza No. 0463 de 1996, mediante el cual se reguló el artículo 2º de la Ordenanza 48 de 1995, concerniente al tema de los derechos adquiridos.

Lo que llevó al Consejo de Estado a anular la Ordenanza 48 de 1995 es que la Asamblea no tenía competencia para regular este asunto, ni siquiera para derogar los actos mediante los cuales se creó el sobresueldo del 20%, por lo que es errado considerar que la nulidad del acto derogatorio implica que la Ordenanza 023 de 1959 debe aplicarse a los docentes vinculados con el Departamento de Boyacá – territoriales o nacionalizados-. En la citada sentencia se precisó:

“...Procede la Sala entonces con el control de legalidad propuesto contra la Ordenanza 48 de 1995, frente a la competencia de la Asamblea Departamental de Boyacá para expedirla, **advirtiendo que los derechos creados por las ordenanzas 23 de 1959**, 54 de 1967 y 13 de 1984, **podieron haber perdido su vigencia en consideración a los cambios introducidos en la Constitución de 1991, por lo cual en cada caso concreto deberá analizarse su aplicabilidad de acuerdo con la materia regulada en cada una de ellas**, pues tal determinación escapa a la competencia funcional de la Sala en tratándose de la acción de simple nulidad.” (Negrillas y subrayado fuera de texto)

⁴ Sentencia del 26 de agosto de 2006 Magistrada Ponente Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

Atendiendo este criterio, la Sala efectuará el análisis correspondiente respecto de la aplicación en el caso concreto de la Ordenanza 023 de 1959 expedida por la Asamblea Departamental de Boyacá, para luego determinar si le asiste o no derecho al demandante al reconocimiento y pago del sobresueldo del 20% creado por el aludido acto administrativo.

4. -¿La Ordenanza 023 de 1959 continua produciendo efectos jurídicos?

La Ordenanza 023 de 1959 que creó el derecho a percibir el sobresueldo del 20% fue proferida con anterioridad al actual régimen constitucional por la Asamblea de Boyacá, en uso de las facultades que le había otorgado la Constitución de 1886, las reformas introducidas por medio de los Actos Legislativos 3º de 1910 y 1º de 1945, así como las leyes de la época, de ahí que, dicho sobresueldo para la fecha en que se profirió era constitucional.

Con posterioridad el Acto Legislativo No. 1 de 1968, modificatorio de la Constitución Política de 1886, 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 este orden, bajo la vigencia de la normativa en cita, los entes territoriales tenían competencia para fijar las escalas de remuneración, más no la modificación del régimen prestacional.

Frente a esta situación, es pertinente traer a colación el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 18 de julio de 2002, Radicación No.: 1393, mediante el cual se efectuaron las siguientes precisiones, en relación con este punto en particular:

“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).” (Subrayado fuera del texto).

Ahora bien, con la expedición de la Constitución Política de 1991, se dispuso que el Congreso de la República es el órgano al que le compete dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno para “fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos” (Artículo 150-19), es decir, que existe una competencia compartida entre el legislador y el ejecutivo para estos efectos: aquel determina unos parámetros generales conforme a los cuales éste ha de fijar todos los elementos propios del régimen salarial y prestacional.

En relación con los empleados públicos de las entidades territoriales, es del resorte del Gobernador fijar los emolumentos con sujeción a la Ley y a las Ordenanzas; así lo ha sostenido el Consejo de Estado⁵, al señalar que la facultad atribuida a las Asambleas y Concejos para fijar las escalas salariales es para determinar los grados o niveles para las distintas categorías de empleos

⁵ Concepto 1518 M.P Susana Montes de Echeverri.

y no para crear elementos salariales o factores salariales⁶, situación que se desprende de lo establecido en el numeral 7º del artículo 305 superior⁷.

De lo expuesto puede colegirse que la Ordenanza 023 de 1959 no devino inconstitucional por el sólo hecho de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 que, se reitera, reservó al Congreso de la República y el Gobierno Nacional lo relacionado con régimen salarial de los empleados públicos. Así lo expresó claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-014 de 2003 en la que precisó

“...la valoración del ejercicio de una competencia, esto es, la definición acerca de si un órgano estatal obró o no de conformidad con las reglas que la fijan, debe hacerse necesariamente mediante el cotejo con los preceptos vigentes al tiempo en que se efectivizó, dado que por constituir éstos su fuente de validez son los que determinan la regularidad de su ejercicio. Mal podrían enervarse los efectos de lo que en su momento estuvo correctamente ejercido desde el punto de vista de la competencia, por el solo hecho de que en un momento ulterior se produjere un cambio normativo, pues ello equivaldría a asignarle efectos retroactivos al nuevo ordenamiento respecto de actos con cuya emisión, dentro del término y con los demás requisitos exigidos por el antiguo, ya se había consumado o agotado el ejercicio de la competencia correspondiente...”. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Ahora bien, con fundamento en la Ley 4ª de 1992 y en desarrollo de la Ley 60 de 1993, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 908 de 2 de junio de 1992, “*por medio del cual estableció la escala de remuneración del personal del Escalafón Nacional Docente para los diferentes grados, los incrementos salariales, los porcentajes sobre el sueldo, entre otros aspectos*”; allí se dispuso:

“Artículo 30. El régimen de asignaciones señalado en el presente decreto no podrá ser incrementado en ningún caso por las autoridades u organismos departamentales, municipales (...).
(...)”

Artículo 36. Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos⁸.
(...)”

⁶ Sección Segunda, Subsección “A”, diez (10) de julio de dos mil ocho (2008), Radicación número: 15001-23-31-000-2002-02573-01(2481-07), Demandante: RICARDO NEL AYALA BECERRA.

⁷ Art. 305.- Son atribuciones del gobernador: (...)

7. Crear, suprimir, y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y **fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas** (...)

⁸El artículo 10 de la Ley 4ª de 1992 estipula: “Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos”.

Artículo 38. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el Decreto-Ley 111 de 1991 y surte efectos fiscales a partir del 1º de enero de 1992⁹. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Así pues, el sobresueldo contemplado tanto en la **Ordenanza 23 de 1959** como en la 054 de 1967 **mantuvo sus efectos frente a quienes lo consolidaron como derecho adquirido al 1º de junio de 1992**, fecha de expedición del Decreto 908 de 1992 dictado por el Gobierno Nacional en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992 y 60 de 1993, en virtud de la derogatoria tácita.

Frente a este tópico, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia del Consejero Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, en sentencia de 27 de octubre de 2011, Expediente No.250002325000200408852 01, Número Interno: 1313-2008, Actor: Manuel Isidro Sánchez Guerrero, dilucidó un tema de similares contornos¹⁰, reiterando lo expuesto en la sentencia de Subsección¹¹ señalando, adicionalmente:

“...En un Estado de Derecho cuando, como en este caso, el competente, ejerce su competencia para regular los salarios y las prestaciones, deben considerarse inaplicables las normas que regulaban el régimen territorial, siempre y cuando no se trate de derechos adquiridos.

De la misma forma, mediante la acción de nulidad se puede solicitar al juez competente la anulación de las disposiciones que establecen factores o elementos de salarios o de prestaciones indebidamente en el sector territorial; sin perjuicio, del control difuso de constitucionalidad que puede hacerse en cada caso concreto, para hacer prevaler lo dispuesto por el competente.

(...)

Conforme a lo antes expuesto, es evidente que, al proferirse esta Ordenanza y al regular lo relacionado con sueldos, era vigente y aplicable y como tal los derechos adquiridos bajo su

⁹Este artículo establece dos momentos totalmente distintos, la fecha de publicación la cual es el 02 de junio de 1992 y la fecha a partir de la cual surte los efectos fiscales el 1 de enero de la misma anualidad, entendido este último para efectos presupuestales, de manera que debe tenerse en cuenta la primera de las fechas citadas a fin del reconocimiento de derechos adquiridos.

¹⁰ El proceso citado se ocupó de la “Vigencia y aplicabilidad de la Ordenanza 13 de 1947, de 1968 a 1991.” Dijo al respecto: “A través del artículo 5º de la Ordenanza del epígrafe, la Asamblea de Cundinamarca “Por la cual se destina una partida, se dispone su distribución, se ordena un crédito-traslado y se deroga en todas sus partes el artículo 7º de la Ordenanza número 28 de 1946 y se dicta otras disposiciones”, señaló: “Artículo 5º. Los empleados y obreros del Departamento que hayan cumplido veinte años o más, al servicio de Cundinamarca, que no hayan sido pensionados y que se hallen en ejercicio de sus funciones con una antigüedad no menor de cinco años, sin solución de continuidad, tendrán derecho a un aumento del veinte por ciento del sueldo o jornal que devenguen. La Gobernación procederá a liquidar en el presupuesto las partidas correspondientes, quedando ampliamente facultada para hacer las operaciones del caso, a fin de dar cumplimiento a esta disposición, la cual regirá desde el día primero de julio próximo.”

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia proferida el 10 de marzo de 2011, con ponencia del Consejero Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicación No. 15001233100020032103-01 (2519-2007)

imperio deben respetarse, conforme a los postulados del derecho laboral entonces vigente y a lo previsto en el artículo 48 de nuestra actual Carta Política.

Sin embargo, en criterio de la Sala, como ya se indicó arriba, **esta clase de normas sufrieron una derogatoria tácita, porque el legislador reguló de manera completa los salarios y prestaciones de los empleados del sector salud, y en especial al fijar los salarios.**

(...)

En el régimen salarial del sector salud, el Gobierno ejerció esta potestad mediante el Decreto 439 de 1995, en el que con respecto al campo de aplicación, artículo 1º, señaló: “El presente decreto establece el Régimen Salarial y el Programa Gradual de Nivelación de Salarios y bonificaciones especiales de los empleados públicos de la salud del orden territorial.”; es decir, que el competente ejerció su competencia orgánica y con ello, quedaron derogadas tácitamente cualquier otra normatividad que regulara el tema salarial de este sector de servidores, salvo respecto de quienes ya tuviesen en cabeza ese derecho.

Se repite, para que exista derogatoria de las normas creadas por un nuevo competente no es necesario derogar expresamente actos administrativos que en materia salarial hubieran proferido, en nuestro caso, la Asamblea Departamental, sino con el mero ejercicio de sus competencias regulatorias deja por fuera cualquier disposición que le sea contraria, de manera que el sobresueldo previsto en la Ordenanza 013 de 1947 tuvo una derogatoria tácita con la expedición de la norma que fijó el cuanto salarial de cada empleo, proferido por el Gobierno Nacional en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992 y en concordancia con lo dispuesto por la Ley 60 de 1993 y en especial por el Decreto 439 de 1995.

En efecto, en términos generales, se puede decir que la derogación es dejar sin efecto una norma porque ha cesado su vigencia en la medida en que una norma posterior reguló la misma materia o también porque “la regulación de la materia quede sometida a los principios generales del ordenamiento”, en donde juegan los elementos de conveniencia y oportunidad, es decir, que no apuntan a aspectos relacionados con la legalidad o inexequibilidad del precepto.¹²

Por ende, en aplicación de los linderos y criterios generales antes señalados, encuentra la Sala que una vez el legislador utilizó la facultad de regulación de los salarios quedó por fuera del ordenamiento jurídico las normas territoriales que regularon ese aspecto.

Es decir que la remuneración salarial estaba en proceso de ser unificada, bajo la escala salarial fijada para el orden nacional, por ello, resulta improcedente reconocer emolumentos previstos en la Ordenanza a los empleados que prestan sus servicios en ese ente territorial,

¹² Sobre el tema en estudio, la Corte Constitucional, en la sentencia C- 159 de 2004, indicó: “[...]La ley 153 de 1887 en su artículo 3º establece otra forma de derogación y es la derogación orgánica. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de marzo 28 de 1984, señaló que:

“La derogación orgánica, que para no pocos autores no pasa de ser una faz de la derogatoria tácita, sólo se da es verdad cuando la nueva ley “regule íntegramente la materia” que la anterior normación positiva regulaba. Empero, determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende de la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre éstas y las de la ley anterior.

[...]Por su parte, sobre la derogación de las leyes, esta Corporación, en sentencia C-443 de septiembre 18 de 1997 señaló:

“[e]n términos generales, se puede decir que la derogación tiene como función, tal y como lo señala la doctrina y lo ha establecido esta Corporación, dejar sin efecto el deber ser de otra norma, expulsándola del ordenamiento. Por ello se ha entendido que la derogación es la cesación de la vigencia de una disposición como efecto de una norma posterior, por cuanto la derogación no se basa en un cuestionamiento de la validez de la norma -como sucede cuando ésta es anulada o declarada inexequible por los jueces- sino en criterios de oportunidad libremente evaluados por las autoridades competentes, y en especial, en relación con las leyes, por el Congreso. Esta Corte ya había precisado esa diferencia con claridad. Dijo entonces esta Corporación:

“Así, la derogación no deriva de conflictos entre normas de distinta jerarquía sino de la libertad política del Legislador, pues ese órgano político decide expulsar del ordenamiento una norma que hasta ese momento era totalmente válida, ya sea para sustituirla por otra disposición, ya sea para que la regulación de la materia quede sometida a los principios generales del ordenamiento. Es pues un acto de voluntad política pues el Legislador evalúa, conforme a criterios de conveniencia, cuando es oportuno derogar una determinada disposición (...). En síntesis, y tal y como esta Corporación ya lo había señalado, “la derogatoria es un fenómeno de teoría legislativa donde no sólo juega lo jurídico sino la conveniencia político-social (...) (Sentencia C-145/94. MP Alejandro Martínez Caballero, Fundamento Jurídico No 5”...”

máxime cuando se vincularon después de 1968, tal y como se procede a explicar...” Resaltado fuera de texto.

5. -¿Hay lugar a reclamar derechos adquiridos en el presente caso?

Asumiendo entonces que aquellas disposiciones que regulaban aspectos salariales de los educadores, como las ordenanzas departamentales, dejaron de tener vigencia frente a situaciones que aún no se hubiesen consolidado, solamente hay lugar a proteger los derechos adquiridos de quienes lograran durante su vigencia cumplir con las condiciones establecidas en esas normas.

Lo anterior en razón de que, según se explicó líneas atrás, el régimen salarial de dichos empleados públicos, dentro del cual se incluyen por ejemplo los factores de remuneración, está consagrado en las normas que por mandato constitucional expidan el Congreso y el Gobierno Nacional, que como se indicó, ostentan una competencia compartida en esta materia¹³.

Entonces, una vez establecidos por las autoridades competentes los porcentajes sobre el sueldo como factor de remuneración de los docentes, esas normas y únicamente ellas rigen a futuro, y sólo se salvaguardaron los derechos adquiridos conforme a las normas territoriales expedidas por los órganos administrativos competentes hasta entonces. Por ende, las Ordenanzas 23 de 1959 y 054 de 1967, fueron derogadas desde la expedición del Decreto 908 de 1992, manteniendo sus efectos frente a quienes consolidaron derechos en su vigencia.

Cabe recordar que los derechos adquiridos hacen referencia a aquellos derechos que han ingresado al patrimonio del titular. Adicionalmente, no se adquiere el derecho a un régimen salarial o prestacional, sino que se adquieren aquellos derechos consolidados, es decir, frente a los cuales la persona ha cumplido los requisitos exigidos por la normatividad vigente. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-314/04 con ponencia del Magistrado Dr.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-623 de 2003. Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Treviño.

Marco Gerardo Monroy Cabra precisó los alcances de los derechos adquiridos, de la siguiente manera:

“...De conformidad con la jurisprudencia constitucional, los derechos adquiridos son aquellos que han ingresado definitivamente en el patrimonio de la persona. Así, el derecho se ha adquirido cuando las hipótesis descritas en la ley se cumplen en cabeza de quien reclama el derecho, es decir, cuando las premisas legales se configuran plenamente. De acuerdo con esta noción, las situaciones jurídicas no consolidadas, es decir, aquellas en que los supuestos fácticos para la adquisición del derecho no se han realizado, no constituyen derechos adquiridos sino meras expectativas.

‘(...) se vulneran los derechos adquiridos cuando una ley afecta situaciones jurídicas consolidadas que dan origen a un derecho de carácter subjetivo que ha ingresado, definitivamente, al patrimonio de una persona. Sin embargo, si no se han producido las condiciones indicadas, lo que existe es una mera expectativa que puede ser modificada o extinguida por el legislador.’ (Sentencia C-584/97, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Como la Corte ha destacado la jurisprudencia y la doctrina ha diferenciado claramente los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden en afirmar que los primeros son intangibles y por tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas "expectativas", pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador. (Sentencia C-453 de 2002 Alvaro Tafur Gálvis).

Conforme quedó expuesto, el derecho al sobresueldo del 20% previsto en la Ordenanza 023 de 1959 se adquiriría luego de 20 años de servicio docente sin contar con la edad necesaria para jubilarse.

En el asunto bajo estudio está acreditado que **la parte actora se vinculó como docente del nivel departamental el 27 de abril de 1987 (fl. 23)**, lo que significa, que los 20 años de servicios los cumplió el **27 de abril de 2007**, es decir, con posterioridad a la derogatoria tácita de la Ordenanza 023 de 1959 (1° de enero de 1992), de manera que no adquirió el derecho pretendido.

Es evidente además que para el 1° de enero de 1992, contaba con casi cinco (5) años de servicio. Por consiguiente, desde la fecha de ingreso hasta la derogatoria de la Ordenanza 023 de 1959 no habían transcurrido más de 20 años de servicio, de modo que, no hay lugar al reconocimiento del sobresueldo del 20%, dado que no puede hablarse de la existencia de un derecho adquirido que no se consolidó.

Así pues, concluye la Sala que el actor no tiene derecho a que se le reconozca el 20% sobre el sueldo en los términos previstos por la Ordenanza 023 de 1959, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia pero por las razones anteriormente expuestas.

6. -Costas y agencias en derecho en segunda instancia

En el asunto *sub examine* no hay lugar a condenar en costas y agencias en derecho en esta instancia a la parte demandada por el hecho de no haber prosperado el argumento de la apelación, pues tal como lo ha indicado el Consejo de Estado¹⁴ en sentencia de 16 de abril de 2015, éstas deben estar acreditadas, y una vez revisado el cuaderno en segunda instancia da cuenta la Sala que no aparece probada su causación.

Al respecto no puede perderse de vista que de conformidad con lo consagrado en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P., “*solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*”, condición que como ya se dijo no se cumple en este caso

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama de fecha del 27 de noviembre de 2014, que negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. ABSTENERSE de tramitar la solicitud de unificación de jurisprudencia, conforme a las razones expuestas.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01. Actor: C.I. CITITEX DE COLOMBIA S.A. HOY CITITEX UAP S.A. Demandado: DIAN.

