



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
ORALIDAD
SALA DE DECISIÓN No. 4

Tunja, 09 de Mayo de 2014

Magistrado Ponente: **PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO**

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
REFERENCIA:	150013333007-2014-00034-01
DEMANDANTE:	EVIDALIA COLMENARES CAÑÓN
ACCIONADO:	DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
TEMAS:	NIVELACIÓN SALARIAL/APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA ORDENANZA No. 034 DE 2011
DECISIÓN:	CONFIRMA DECISIÓN

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante, contra la sentencia proferida el 18 de agosto de 2015, mediante la cual el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

I. ANTECEDENTES

1.1. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Las pretensiones de la demanda fueron formuladas como sigue:

*"2.1. es nulo el oficio Nro. 029683, suscrito por el Dr. **HENRY ALBERTO SAZA SANCHEZ**, Director Jurídico del Departamento de Boyacá, de fecha 21 de Agosto de 2013, enviado por correo y notificado el día 22 del mismo año y por medio del*

cual se negaron las peticiones elevadas por mi poderdante mediante derecho de petición radicado el 25 de Julio de 2013, por considerar que la nivelación salarial no implica un ajuste retroactivo, teniendo en cuenta que los actos administrativos que determinan la nivelación de los diferentes grados y el ajuste en la escala salarial de los empleados de la planta central de cargos de la administración del departamento son emanaciones de la voluntad de la administración y son situaciones jurídicas consolidadas que indican que los efectos empiezan a partir de la entrada en vigencia de los mismos.

Como efecto de la nulidad del oficio mencionado en el numeral anterior y a manera del restablecimiento del derecho solicito:

2.2. Que se reconozca, liquide y ordene pagar a favor del señor(a) EVIDALIA COLMENARES CAÑÓN, identificado (a) con C.C. Nro. 24.212.156 de Úmbita (Boyacá), el valor de la diferencia de la reliquidación del salario, dispuesta en los decretos departamentales Nros. 1193 del año 2011, 0131, 0132 de 2012 y la ordenanza 034 del año 2011, vigentes a partir del 07 de febrero de 2012, en el mismo porcentaje reconocido (17,15%), para los años 2009, 2010, 2011 y enero de 2012, suma que se discrimina de la siguiente manera:

Año	Salario	Porcentaje de Nivelación	Diferencia	Salario Nivelado	Total
2009	1.801.000	17.15%	308.871	2.109.871	3.706.452
2010	1.894.000	17.15%	324.821	2.218.821	3.897.852
2011	1.959.000	17.15%	335.968	2.295.00	4.031.616
2012	2.057.000	17.15%	352.775	2.410.000	352.031
TOTAL					11.987.951

1.1.1 Que se reconozca, liquide y ordene pagar a favor del señor(a) EVIDALIA COLMENARES CAÑÓN, identificada con C.C. Nro. 24.212.156 de Úmbita (Boyacá), el valor de la diferencia de la reliquidación de las prestaciones sociales, dispuesta en los decretos Departamentales Nros. 1193 del año 2011, 0132 de 2012 y la ordenanza 034 del año 2011, vigentes a partir del 07 de febrero de 2012 en el mismo porcentaje reconocido (17,15%), para los años 2009, 2010, 2011 y enero de 2012, suma que se discrimina de la siguiente manera:

Año	Vacaciones	Prima de vacaciones	Cesantía	Interés a la cesantía	Prima de Servicios
2009	154.435	154.435	308.871	37.064	308.871
2010	162.416	162.416	324.821	38.978	324.821
2011	167.984	167.984	335.968	40.316	335.968
2012	14.667	14.667	29.335	3.520	29.335

Año	Prima de navidad	Bonificación de servicios prestados	Total
2009	308.871	108.104	1.380.651

2010	324.821	113.687	1.451.960
2011	335.968	117.588	1.501.776
2012	29.335	10.267	131.126
Total			4.465.513

2.1.3. Que el valor de las sumas referidas en el numeral anterior, sean debidamente indexadas entre la fecha en que se causó el derecho y la fecha en que ocurra el pago real y definitivo.

2.1.4. Ordenar que la sentencia que se profiera dentro del presente proceso se cumpla dentro de los términos indicados en el artículo 192 y ss. del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011) y con los efectos allí señalados.

2.1.5. Condenar en costas a la entidad demandada." (fls. 4 - 5)

1.2. LOS HECHOS DE LA DEMANDA

La parte actora señaló que la Gobernación del Departamento de Boyacá, decidió mediante un "Estudio técnico de modernización administrativa de la gobernación de Boyacá y del ITBOY" modificar la estructura orgánica y la planta de personal del nivel central del Departamento de Boyacá, lo cual tuvo como resultado la homologación de los cargos y nivelación de los salarios de todos los empleados de la planta central de la entidad territorial.

Sostuvo que el estudio técnico en mención tomó el método de puntos por factor (point rating), y que con base en ello, se tomaron como referencia tres factores a evaluar para determinar el nuevo grado y salario; que el primero, al que se le dio más peso con un porcentaje de 60%, fue el factor de grupos y habilidades, el segundo fue el factor responsabilidades con un porcentaje del 20%, el tercero fue el factor de esfuerzo con un porcentaje de 10%.

Manifestó que mediante la ordenanza No. 0034 de 01 de diciembre de 2011, y con base en el estudio técnico, la Asamblea Departamental ajustó la escala salarial de los empleados públicos de la administración central del Departamento de Boyacá y ordenó al gobernador expedir los actos administrativos para implementarla.

Indicó que, en cumplimiento de la citada ordenanza, el Gobernador de Boyacá expidió los decretos 1193 de 27 de diciembre de 2011 y 132 de 7 de febrero de 2011, donde realizó la homologación de los empleos de la planta de personal y estableció la planta de personal, respectivamente.

Expresó que con la expedición de los decretos 1193 de 2011, 0131 y 0132 del

2012 y la ordenanza 034 del 2001, el código 219 grados 14, 13, 11, 10 de nivel profesional universitario fueron homologados a profesionales universitarios código 219 grado 02, y que todos los profesionales pertenecientes a tales grados homologados tenían el mismo perfil profesional y cumplían las mismas funciones que cumplen en el nuevo grado, sin embargo las asignaciones salariales eran totalmente disímiles.

Dijo que la señora EVIDALIA COLMENARES CAÑÓN, venía prestando sus servicios como profesional universitario 219 grado 13 desde el año 2006, a la planta de cargos de la Administración Central del Departamento de Boyacá y que fue homologado al grado 02, de modo que obtuvo una asignación salarial de \$2'295.000, es decir, que fue nivelado su salario en un 17.15% con relación a su sueldo anterior, que ascendía a \$1'959.000.

Explicó que teniendo en cuenta la nivelación salarial mencionada anteriormente, la Administración omitió reconocer, liquidar y pagar la nivelación salarial del 17.15% para los años 2009, 2010, 2011 y enero de 2012, desconociendo que las funciones, perfil y experiencia de los trabajadores era exactamente el mismo para profesional universitario código 219 grado 13, que para el grado 02.

Que el 25 de julio de 2013 solicitó a la Gobernación de Boyacá el reconocimiento, liquidación y pago de los salarios y prestaciones sociales en referencia con la nivelación antes mencionada, para los años 2009, 2010, 2011 y enero de 2012, y que mediante oficio 029683 de 21 de junio de 2013 (sic) remitido por correo y notificado el día 22 de agosto de 2014, fue resuelta de forma negativa su petición (fls. 5 – 8).

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Departamento de Boyacá se opuso a las pretensiones de la demanda, y como argumentos de defensa expuso que el acto administrativo por medio del cual se le dio respuesta a la peticionaria y se le confirmaron las decisiones tomadas tanto por la ordenanza como por los decretos departamentales, no creó, modificó, ni extinguió derechos, toda vez que no fue un acto autónomo, pues dependió de los anteriores actos administrativos, por medio de los cuales se realizó la homologación y nivelación salarial de los funcionarios de la planta central.

Precisó que la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que el acto administrativo rige para el futuro y solo de forma excepcional puede tener efectos hacia el pasado, y que para ello es necesario que medie siempre autorización de la ley.

Adujo que el proceso de homologación y nivelación salarial se realizó en cumplimiento de los deberes constitucionales a que se refieren el numeral 7º del artículo 305 y el artículo 209 de la constitución Política, y teniendo en cuenta las leyes 617 de 2000 y 909 de 2004.

Agregó que el acto administrativo está revestido de legalidad, debido a que fue dictado de conformidad con las normas de derecho y en armonía con el ordenamiento jurídico; que en la ordenanza 034 de 2011, que ajustó la escala salarial de los empleados públicos del Departamento de Boyacá, se previó en el último artículo que *“la presente Ordenanza Departamental rige a partir de la fecha de su sanción y deroga disposiciones que le sean contrarias y no tiene efectos retroactivos”*.

Propuso como excepciones las que denominó *“inepta demanda”*, *“irretroactividad del acto administrativo”*, *“cumplimiento de deber constitucional legal”* y *“presunción legalidad del acto administrativo demandado”*.

Manifestó que se estuvo frente a la necesidad constitucional de aplicar proporcionalidad para que se lograra una igualdad sustantiva, lo que quiere decir que aquellos cuyo salario era menor al promedio de los servidores públicos que ostentaban mayor asignación de la administración central tuvieran protección reforzada, a fin de que mantuviera su poder adquisitivo real.

Expresó que el Departamento de Boyacá no violó ninguno de los derechos invocados por la actora, sino que, por el contrario, el proceso de nivelación y homologación salarial se realizó con base en criterios técnicos, financieros, presupuestales y basado en principios de equidad, igualdad y progresividad, todo lo anterior de acuerdo a lo exigido por la constitución, la ley y la jurisprudencia (sentencias c-1422 de 2000, c-1064 de 2001 y c-1017 de 2003). Y que por consiguiente, no se persiguieron fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o discriminatorios, debido a que precisamente los criterios presupuestales dispuestos en la ley, impedían el reajuste retroactivo que reclama la demandante (fls. 93 - 123).

II. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Tunja, mediante providencia emitida el 18 de agosto de 2015 (fls. 504 – 512), negó las pretensiones de la demanda.

El juez de instancia, luego de analizar la normatividad aplicable y el acervo probatorio, concluyó que lo actos administrativos expedidos por el Gobernador del Departamento de Boyacá durante el proceso de homologación y nivelación

salarial no vulneraron los derechos adquiridos que alega tener la actora, como quiera que únicamente tenía una expectativa legítima sobre los resultados del proceso de reestructuración de la planta de personal de la entidad territorial; que una vez expedidos los decretos de incorporación de los trabajadores a la nueva planta de personal, les fueron asignados nuevos salarios, de modo que la Ordenanza 034 de 2011 supeditó la nivelación salarial a la expedición de los actos administrativos por parte del Gobernador, luego de efectuar el estudio técnico.

Expresó que los actos administrativos por medio de los cuales se homologó y niveló a los empleados del Departamento de Boyacá no podían tener efectos retroactivos, lo que torna legal la determinación adoptada por el demandado a través del oficio 029683 de 21 de agosto de 2013.

Coligió que *“pretender como lo hace el apoderado de la parte activa, que se modifiquen las condiciones salariales de su mandante durante el periodo anterior al proceso de homologación y nivelación iniciado con la ordenanza No. 034 de 01 de diciembre de 2011, implicaría un debate sobre la inviabilidad de aplicar efectos retroactivos de los actos de nivelación salarial, bajo las consideraciones ya expuestas”*.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, como fundamento de su inconformidad, expresó que el *a quo* acogió los argumentos de la entidad demandada relacionados con la competencia del Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados del orden territorial, partiendo de la premisa de que se busca la declaratoria de nulidad derivada de la incompetencia del Departamento de Boyacá en la materia enunciada, lo cual no fue cuestionado en la demanda.

Insistió en que a pesar de la nivelación salarial se omitió reconocer y pagar un daño causado por las diferencias salariales existentes en los grados 10, 11, 13 y 14 del código 219 del nivel profesional universitario, en los tres años anteriores a la reforma administrativa que los homologa en un solo grado.

Indicó que el actor no acudió a la vía judicial para que se determinara que los actos de carácter general que establecieron la nivelación salarial y la homologación de grados para los empleados de la planta central del departamento, no tenían efectos retroactivos, sino para que se estableciera si la irretroactividad planteada por el ente territorial vulneraba los derechos laborales de la accionante.

Adujo, que en la lógica del despacho de primera instancia, el demandante estaría en la obligación de demandar todos y cada uno de los decretos y actos que la Administración expidiera en relación con el reconocimiento de prestaciones sociales y las escalas de remuneración de los trabajadores, anteriores al proceso de nivelación y homologación salarial del año 2012, situación que se convertiría en una vía de hecho.

Reiteró que el juez debió hacer un análisis argumentativo para determinar si se desconoció la irrenunciabilidad de los principios mínimos en materia laboral y una ponderación de los intereses en juego, es decir, los derechos laborales de los trabajadores, contra el principio de la irretroactividad del acto administrativo, este último que no es absoluto y que admite excepciones, de las cuales considera se presenta en el actual caso, en razón a que la administración por medio del estudio técnico reconoció la torpeza con la que había actuado con referencia a la remuneración de sus trabajadores, concediéndoles una nivelación salarial tardíamente, a partir del año 2012, situación que al ser beneficiosa para los trabajadores y que teniendo en cuenta que provenía de la mala administración, debía reconocerse retroactivamente.

En consecuencia, solicitó que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda. (fls. 518 - 525)

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 26 de noviembre de 2015 esta Corporación admitió el recurso (fl. 531), y a través de proveído de 20 de octubre de 2015, se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (fl. 538).

El **Departamento de Boyacá** señaló que las entidades territoriales realizan procesos de homologación y nivelación salarial, para lo cual deben efectuar estudios de factibilidad, de tal manera que la Asamblea y el Departamento de Boyacá llevaron a cabo ajustes a su estructura dentro de los límites impuestos por la Constitución y la ley, con base en un estudio técnico que evidenció la necesidad de ajustar la escala salarial, agrupándola en 10 grados por nivel jerárquico.

Indicó que la escala salarial busca una organización armónica y ascendente para que la asignación aumente a medida que aumentan los grados, dependiendo de los requisitos y el perfil para cada empleo; que los ajustes que impliquen la adopción de esta nueva estructura salarial, deben encontrarse contenidos en los

valores presupuestados para el efecto, de tal manera que los costos de la planta de personal se ajusten al presupuesto.

Mencionó que los actos administrativos no fueron violatorios de las normas superiores, luego su expedición obedeció a la competencia del ente territorial, por los que solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda (fls. 541 – 544).

La **parte actora** reprodujo, en esencia, los argumentos expuestos en el recurso de apelación y agregó no ataca el proceso de nivelación y homologación adelantado por el Departamento de Boyacá, sino en la desigualdad que existió con anterioridad a tal proceso.

En cuanto al principio de irretroactividad de los actos administrativos dijo que éste no es absoluto ni inmodificable, en tanto la ley admite la posibilidad de que en ciertos casos los actos administrativos puedan tener efectos a un momento anterior a la fecha de su expedición con el fin de beneficiar al interesado. Así mismo, sostuvo que se encontraba injustamente remunerado y que por tanto debía restablecerse el derecho por el lapso en que se mantuvo la ilegalidad. (fls. 545 - 547).

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en los artículos 243 y 247 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer del recurso de alzada interpuesto dentro del proceso de referencia, por ser el superior jerárquico del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Tunja por lo que procede a resolver de fondo.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO

- ¿Es ilegal Oficio No. 029683 de 21 de agosto de 2013, suscrito por el Director Jurídico del Departamento de Boyacá, mediante el cual se le negó a la actora la petición radicada el 6 de agosto de 2013, tendiente a la nivelación salarial en porcentaje del 17.15% para los años 2009 a 2011 y enero de 2012 y el pago de las diferencias salariales y prestacionales causadas, por no haber aplicado de manera retroactiva los beneficios de la referida nivelación?

5.3 TESIS DE LA SALA

Estima la Sala que el Oficio No. 029683 de 21 de agosto de 2013, suscrito por el Director Jurídico del Departamento de Boyacá, no puede ser declarado ilegal por el hecho de no aplicar retroactivamente la ordenanza 034 de 1º de diciembre de 2011, proferida por la Asamblea del Departamento de Boyacá, a través de la cual se ajusta la escala salarial de los empleados públicos de la Administración Central del Departamento de Boyacá, habida cuenta que, por regla general, los actos administrativos no tienen efectos retroactivos, salvo precisas excepciones, entre las cuales, no se halla la referida ordenanza, ni los decretos expedidos con base en ella.

5.4. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA TESIS

- Cuestión previa - Precisiones respecto del acto demandado

El 6 de agosto de 2013 la señora Evidalia Colmenares Cañón presentó derecho de petición ante el Departamento de Boyacá, con el fin de que se dispusiera el reconocimiento, liquidación y pago de la nivelación salarial en un 17,15% para los años 2009, 2010 y 2011, y para el mes de enero de 2012 (fl. 70 – 72).

En respuesta, el Director Jurídico de la entidad le informó, a través del oficio No. 029683 de 21 de agosto de 2013 que no era posible acceder a la anterior solicitud, *“pues la nivelación salarial no implica un ajuste retroactivo ya que los actos administrativos por los cuales se han venido efectuando los incrementos anuales para la totalidad de la planta de personal, así como los que realizó la homologación de grados y ajustes en la escala salarial, son emanaciones de la voluntad administrativa que gozan de presunción de legalidad y han tomado en situaciones jurídicas consolidadas, que indicaron claramente que los efectos comenzaban a partir de la entrada en vigencia de los mismos.”* (fls. 73 – 74).

Para arribar a tal conclusión, el Departamento de Boyacá explicó que a través de la Ordenanza No. 034 de 1º de diciembre de 2011, la Asamblea **ajustó la escala salarial de los empleados públicos de la administración central** del ente territorial, con base en la cual, el Gobernador expidió los Decretos 1193 de 27 de diciembre de 2011 y 132 de 7 de febrero de 2012, por medio de los cuales homologó los distintos empleos y estableció de la planta de personal del nivel central de la Administración Departamental.

Señaló que los anteriores procesos se apoyaron en un estudio técnico de modernización de la Gobernación de Boyacá y el Instituto de Tránsito de Boyacá – ITBOY, el cual evidenció que debía establecerse una organización armónica y ascendente en la administración central del Departamento.

Precisó, además, que las situaciones administrativas que existieran con anterioridad a la expedición de la Ordenanza 034 y los Decretos 1193 de 2011 y 0132 de 212 no fueron modificadas, habida cuenta que se consolidaron a través de actos administrativos debidamente publicados en su momento, y que gozan de presunción de legalidad.

Ahora, la parte actora en la demanda consideró que este acto se torna ilegal en la medida en que no accedió a la nivelación pretendida, y con la cual se subsanarían situaciones que se presentaron con anterioridad a la expedición de los actos generales antes mencionados que, en su sentir, denotaron un manejo ilegal, caprichoso y desordenado de la planta de personal del departamento (fls. 12 – 13).

Así mismo, en el recurso de apelación, la demandante afirmó que no cuestiona la Ordenanza 034 de 2011 ni los Decretos 1193 de 2011 y 0132 de 2012, puesto que fueron éstos los que evidenciaron que para los años 2009, 2010 y 2011 se encontraba en una situación salarial injusta, y que su intención es que, por medio de la nivelación solicitada, se reparen los perjuicios originados en la no aplicación retroactiva de los beneficios que le reportó el ajuste de la escala salarial efectuada por el Departamento de Boyacá.

Esta Corporación, en sentencia de 14 de enero de 2016, en un caso de similares contornos, teniendo en cuenta el medio de control escogido por la demandante aclaró cual sería el objeto de revisión por parte del juez administrativo. Dijo la Corporación en esa oportunidad:

*Para aceptar el planteamiento del recurrente, pero en una lectura jurídicamente razonable, se dirá entonces que la inconformidad del accionante no surgiría de la negativa contenida en el acto demandado sino de los efectos que surgieron **de los actos administrativos vigentes antes de la reforma a la escala salarial y los decretos de planta de personal que decidieron homologar los empleos de profesional universitario código 219 todos al grado 2**. Es decir, los efectos adversos que el demandante atribuye al Oficio que acusa no surgirían de él, sino de otros actos administrativos que no han sido, siquiera precisados y menos demandados.*

Lo anterior, podría entonces derivar en una demanda inepta pues, si lo que pretende el demandante es que se reajuste su salario desde el año 2009, con anterioridad a la expedición de los actos que homologaron su empleo al grado 2, entonces era necesario que acusara la ilegalidad de tales actos administrativos en los que, conforme a su argumentación, se contuvo la ilegalidad que ahora pretende derivar del acto demandado.

Ello porque, sin duda, no sería posible considerar la prosperidad de una reparación de daño sin antes concluir la ilegalidad del acto administrativo para, como

consecuencia, ordenar el restablecimiento del derecho y de esta forma, lograr el pago de los perjuicios que logren demostrarse, sin que, éstos puedan ser confundidos con el pago de la diferencia salarial que sería el restablecimiento del derecho y no los perjuicios.

Así entonces, el demandante discurre del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho al demandar el acto administrativo que le negó el pago de diferencias salariales **correspondientes a años anteriores**, dejando de aplicar **actos administrativos expedidos posteriormente**; al medio de control de reparación directa al considerar que la omisión de la administración al dejar de "igualar" los empleos de profesional universitario código 219 desde el año 2009, los tres **anteriores al momento en que fueron homologados los empleos (2011)**, le causó perjuicios.

Es decir, al recurrir, pretende reemplazar la nulidad del acto administrativo que pudo haberlo afectado y el restablecimiento del derecho consistente en el pago de diferencias salariales y prestacionales, por la reparación de un perjuicio que, dice, deriva de un acto administrativo que acusa por ilegalidad al no acceder a reconocer diferencias salariales y prestacionales con fundamento en una disposición expedida con posterioridad al momento en que tales diferencias se causaron; sin embargo, pierde de vista que tales pagos salariales por los años 2009 a 2011, **obedecieron a actos administrativos que para entonces regían la situación laboral de la demandante con la administración**. Tanto es cierto este entendimiento que al leer la pretensión de nulidad de la demanda dijo: "Es nulo el Oficio (...) por considerar que la nivelación salarial **no implica un ajuste retroactivo...**" Resaltado fuera de texto.

Dentro de este contexto, si la causa de los perjuicios se origina en una decisión de la administración que crea, modifica o extingue una relación jurídica particular y concreta, es decir, en un acto administrativo, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Si, por el contrario, la causa del daño es un hecho de la administración, una omisión, operación administrativa u ocupación de un inmueble, entonces la acción procedente es la de reparación directa y los presupuestos para su ejercicio serán los que especialmente establezca el ordenamiento jurídico para tal efecto..."

En este caso, se está ante un medio de nulidad y restablecimiento del derecho y no frente a un medio de control de reparación directa, la situación fáctica y jurídica permite concluir que el medio de control adecuado para los fines procesales es el de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que los actos a demandar en nulidad serían los que **causaron el monto salarial pagado**, pues fueron esos los que, dice el demandante, **diferenciaron ilegalmente** los empleos de profesional universitario código 219, que ahora pide restablecer mediante el pago de diferencias que, afirma, se evidenciaron injustas con la homologación que se produjo en el año 2011.

Ahora, al estructurar su demanda, el actor acusó el acto particular y pretende que de su nulidad se deriven las diferencias salariales que pide se le restablezcan (...)

Así las cosas, la única conclusión posible es que, en realidad, lo que el demandante declara inconforme es que la Ordenanza 34 de 2011 y los Decretos 131 y 132 de 2012 **debieron contemplar su aplicación retroactiva a fin de sanear la predicada diferencia salarial injustificada mantenida de tiempo atrás**. Tanto es

*así que al finalizar su escrito de apelación precisó "Finalmente quiero ratificar que en el presente caso se encuentran establecidos todos los presupuestos fácticos, probatorios y jurídicos **para hacer efectiva la nivelación salarial retroactivamente (...) exigimos que en efecto de no desconocer derechos de mi poderdante se reconozca retroactivamente la nivelación salarial para los años 2009, 2010, 2011 y enero del año 2012 conforme a las pretensiones de la demanda...**" Resaltado fuera de texto (fl. 981-982)"¹ (destacados del texto original)*

Esta Sala comparte en su integridad el análisis efectuado en la sentencia transcrita, que de manera clara define cual es el marco del que se ocupará la Corporación para resolver el recurso de alzada que no puede ser otro que determinar si el Oficio No. 29683 de 21 de agosto de 2014, proferido por el Departamento de Boyacá se ajustó o no a derecho, al negar a la actora el reconocimiento de la nivelación salarial para los tres años anteriores a la expedición de la ordenanza 034 de 1º de diciembre de 2011 y los Decretos 1193 de 27 de diciembre de 2011, y 131 y 132 de 7 de febrero de 2012.

- **Del empleo público y sus regímenes salariales y prestacionales**

El artículo 2º del Decreto 1042 de 7 de junio de 1978 definió el empleo público como "*El conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser atendidos por una persona natural, para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública*"; y en el artículo 2º del Decreto 2503 de 10 de diciembre de 1998 como "*El conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.*"

De esta forma, las entidades tienen la facultad de establecer los cargos en su planta, con la posibilidad de que tengan el mismo nivel y denominación pero diferente grado, lo que constituirá empleos distintos, e implicarán diferencias salariales, siempre y cuando corresponden a diversa "*complejidad y responsabilidad inherente al ejercicio de las funciones*", tal como lo dispuso el artículo 13 del Decreto 1042 de 7 de junio de 1978.

Asimismo, puede estipular empleos de igual denominación y grado que no obstante serán diferentes, cuando el manual específico les asigne funciones, requisitos y/o responsabilidades distintas, sin por ello pueda alegarse violación al derecho a la igualdad.

¹ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia de 14 de enero de 2016. Expediente No. 15001333300920140003602. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

Ahora bien, el artículo 150 de la Constitución Política establece que al Congreso de la República le corresponde fijar, a través de una ley, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

En desarrollo de lo anterior la Ley 4ª de 1992 prevé que corresponde al Gobierno Nacional la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que se desempeñen en cualquier sector de la rama ejecutiva (art. 1º).

El artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, previó los criterios y objetivos que deben ser tenidos en cuenta por el Gobierno Nacional al momento de la fijación del Régimen Salarial y Prestacional, entre otros, de los Servidores Públicos de la Rama Ejecutiva del Nivel Nacional:

“Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;*
- b) El respeto a la carrera administrativa y la ampliación de su cobertura;*
- c) La concertación como factor de mejoramiento de la prestación de los servicios por parte del Estado y de las condiciones de trabajo;*
- d) La modernización, tecnificación y eficiencia de la administración pública;*
- e) La utilización eficiente del recurso humano;*
- f) La competitividad, entendida como la capacidad de ajustarse a las condiciones predominantes en las actividades laborales;*
- g) La obligación del Estado de propiciar una capacitación continua del personal a su servicio;*
- h) La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal;*
- i) La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad;*
- j) El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;*
- k) El establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional, asesor, ejecutivo y directivo de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y de la Organización Electoral;*
- l) La adopción de sistemas de evaluación y promoción basados en pruebas*

generales y/o específicas. En el diseño de estos sistemas se tendrán en cuenta como criterios, la equidad, productividad, eficiencia, desempeño y la antigüedad;

II) El reconocimiento de gastos de representación y de salud y de primas de localización, de vivienda y de transporte cuando las circunstancias lo justifiquen, para la Rama Legislativa."

El artículo 3 *ibídem* estableció que el sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos.

Con fundamento en dicha facultad el Gobierno Nacional expide los decretos mediante los cuales fija los límites para las asignaciones de los empleados públicos, con fundamento en los cuales se deben fijar las asignaciones básicas de tales servidores y sin que puedan exceder los topes máximos allí señalados.

En cuanto se refiere al alcance de las escalas salariales, la Corte Constitucional, en Sentencia C-416 de 18 de junio de 1992, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, señaló:

*"En efecto, la **nomenclatura** de los empleos públicos es un catálogo, repertorio o relación clasificada de las plazas en que los servidores del Estado prestan a éste sus servicios, o, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia al resolver sobre acción similar a la que nos ocupa, una "distribución jerarquizada y escalonada de los empleos del sector oficial, al cual corresponde una tasa diferencial de salarios, de desarrollo vertical, de manera tal que cargos del mismo nivel y categoría se retribuyan con la misma remuneración"; las **escalas de remuneración no son otra cosa que los grados o niveles dentro de los cuales se ubican los salarios que el Estado reconoce a sus servidores**; el régimen de comisiones, viáticos y gastos de representación está circunscrito a la normatividad aplicable a esos rubros en aspectos tales como la previsión de los eventos en que se causan las reglas para su cuantificación, los procedimientos para su cobro, reconocimiento y pago; la facultad de fijar asignaciones mensuales, bonificaciones e incrementos de salarios se agota cuando se determina el monto de ellos."*(Negrilla fuera de texto)

Doctrinariamente, se define escala salarial o tabla salarial, en los siguientes términos:

*"Tabla salarial. Concepto. Empezamos por ella porque es la espina dorsal del sistema salarial y **consiste en un ordenamiento numérico contentivo de los diferentes grados de remuneración que pueden existir, ubicados desde el inferior hasta el superior, para hacerles corresponder a cada uno de ellos determinadas consecuencias económicas, las que se reconocen por unidad de tiempo de servicio.***

Obviamente, la tabla de remuneraciones en sí sola carece de mayor o menor

*significación y lo definitivo en ella son los criterios e instrumentos para su utilización y manejo. Así, los procedimientos de clasificación de puestos descritos en el capítulo que antecede, servirán posteriormente para **referir y encuadrar en los grados mayores los puestos más elevados en cada serie o denominación y en los inferiores los distinguidos por las tareas más elementales, según la diferente dificultad o complejidad que los empleos presenten. Por lo tanto, es la clasificación del proceso que tenderá a ubicar acertada y racionalmente un empleo dado.***² (Se resalta).

En conclusión, la nomenclatura y remuneración de los niveles, se debe tener en cuenta los artículos 4o., 5o., 6o., 7o., y 8o. de la Ley 4a. de 1992, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

Mediante estos artículos le fue otorgada al Gobierno Nacional la competencia para modificar anualmente los regímenes salariales de algunos servidores públicos, a través de la expedición de actos administrativos, de tal manera que, a continuación deberá precisarse si a tales actos pueden aplicarse efectos retroactivos.

En lo que atañe a las entidades territoriales, la Corte Constitucional en Sentencia C-510 de 14 de julio de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra, en relación con la competencia para establecer los salarios de los empleados públicos territoriales, señaló:

*"(...) No obstante que las autoridades locales **tienen competencias expresas para determinar la estructura de sus administraciones, fijar las escalas salariales y los emolumentos de sus empleados públicos** (C.P. arts. 287, 300-7, 305-7, 313-6 y 315-7), (...)*

*Dentro de este contexto, ha de colegirse que la competencia para determinar el **régimen salarial** de los empleados de las entidades territoriales, en el marco de la Constitución de 1991, **requiere una interpretación sistemática y coherente de sus mandatos, a efectos de hacer compatible la autonomía que se reconoce a los entes territoriales, en especial, el que hace referencia a la facultad de gobernarse por autoridades propias** (artículo 287, numeral 1), (...)*

*4.3. En estos términos, para la Corte es claro que existe una competencia concurrente para determinar el **régimen salarial** de los empleados de las entidades territoriales, así: (...) **Tercero, las asambleas departamentales y concejos municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración***

² Younes Moreno, Diego. *Derecho Administrativo Laboral*. Ed. Temis. Año 2001. Pág.98

de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto, los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las asambleas departamentales y concejos municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional.”

Resulta claro en virtud de la facultad de gobernarse por autoridades propias reconocida a las entidades territoriales en el artículo 287 de la Constitución Política, a los concejos municipales y asambleas departamentales les corresponde determinar la escala de remuneración de sus dependencias, directrices que deben seguir los alcaldes y gobernadores, observando, por supuesto, los parámetros fijados por el Gobierno Nacional.

- De los efectos de los actos administrativos

La Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia de 18 de septiembre de 2014, radicación 25000-23-24-000-2004-00466-01, con ponencia del Magistrado Guillermo Vargas Ayala, en un caso en el que analizó si la Administración podía o no modificar parcialmente y en forma unilateral actos administrativos que afectaron una empresa cesionaria de los derechos y obligaciones de CARBOCOL S.A., por concepto de la contraprestación derivada del uso temporal y privativo de las zonas de playa y terrenos de bajamar en el complejo portuario destinado a la explotación y exportación de carbón en la zona de Puerto Bolívar y si la mencionada modificación podía aplicarse o no en forma retroactiva. En dicha ocasión se refirió a la imposibilidad de dar efectos retroactivos a los actos administrativos, como sigue:

“Por otra parte la Sala considera que las objeciones planteadas por la actora con respecto a la aplicación retroactiva de la nueva contraprestación, tienen vocación de prosperidad, pues estima la Sala que los efectos de los actos administrativos demandados no pueden extenderse hacia el pasado por estrictas razones de confianza legítima y seguridad jurídica.

El principio de seguridad jurídica, propio de un Estado Social de Derecho como el nuestro, responde a un deseo de orden, de tranquilidad y certidumbre en las relaciones jurídicas y presupone, entre otras cosas, la irretroactividad de las leyes y actos administrativos desfavorables o restrictivos. En ese orden de ideas, como quiera que la fuerza vinculante de una decisión administrativa no puede retrotraerse hacia el pasado, la Sala considera que el hecho de que los actos demandados hayan dispuesto la aplicación de la nueva contraprestación desde el momento en que se produjo la homologación de la concesión de conformidad con las disposiciones de la Ley 1ª de 1991,

contraría ese principio.

En cuanto a la violación del principio de confianza legítima, no podría pasarse por alto el hecho de que la firma concesionaria venía cancelando el valor de la contraprestación que le fue señalado por las propias autoridades que profirieron el acto de homologación, con el más absoluto convencimiento de que su monto había sido calculado conforme a derecho. Al haberse gestado de manera razonable y legítima esa situación de confianza a partir de la decisión inicial adoptada por la administración, no puede admitirse entonces que las autoridades, escudadas en su propia equivocación, vengan ahora a exigir el pago retroactivo de las sumas que debieron cobrar desde el día de la homologación, por cuanto ello equivaldría a trasladar a la esfera de responsabilidades de concesionaria las consecuencias de la torpeza en que incurrieron las autoridades portuarias. No huelga resaltar que en el expediente no obra ningún medio de prueba que permita señalar que la actora haya inducido la adopción de una decisión errónea que pudiere favorecerla. Antes por el contrario, salta a la vista que desde el año de 1983 las autoridades competentes tuvieron la oportunidad de conocer los planos de las infraestructuras portuarias, de conocer tanto la composición de sus instalaciones y de verificar in situ las dimensiones de los recursos requeridos para la construcción y operación del complejo portuario.” (Negrilla fuera del texto original).

Ahora, la Alta Corte, a través de un concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil también ha establecido algunas excepciones a la irretroactividad de los actos administrativos, tal como se observa a continuación:

“Con base en lo expuesto podemos concluir que tanto nuestro ordenamiento jurídico³, como nuestra doctrina y jurisprudencia, acogen el criterio general de que los actos administrativos tienen efectos hacia el futuro, con fundamento en el principio de la seguridad jurídica⁴, que busca ante todo brindar la certeza y estabilidad de las situaciones jurídicas existentes. Sin embargo, tal postulado tiene excepciones dentro de las cuales podemos precisar, entre otras, las siguientes:

a) Cuando el acto administrativo en su contenido es declarativo y no constitutivo⁵. Este aserto tiene apoyo, además, en el artículo 58 del Código de

³ Artículo 58 de la Constitución Política.

⁴ “La seguridad jurídica se caracteriza por el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos y circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobierno integrado por el sum num de sus derechos subjetivos” (BURGOA, Ignacio. **Garantías individuales**. En: “Derecho Administrativo”. SERRA ROJAS, Andrés. México: Porrúa S. A., 1985. pág. 295). “...la seguridad jurídica...es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad”. (Tribunal Constitucional Español, sentencia de julio 20 de 1981. En: “Estudios sobre el acto administrativo”. BOQUERA OLIVER, José María. Madrid: Civitas S. A., 1988. pág. 304).

⁵ “Suelen entenderse como actos constitutivos, generalmente, aquellos actos ‘mediante los cuales, y en virtud del poder legal de las autoridades competentes, se establecen nuevas relaciones jurídicas, se modifican o se extinguen’. Mientras que por actos declarativos se entienden aquéllos ‘mediante los cuales se regulan relaciones concretas de la vida subsumiéndolas, en forma obligatoria, a la manera judicial bajo una norma jurídica determinada, fijándose así autoritariamente las relaciones jurídicas’ (Herrnrit) (...) Esta distinción entre actos constitutivos y declarativos se justifica en la medida en que ciertos actos, por su contenido literal, crean ya un derecho nuevo e introducen en la realidad una situación jurídica que significa algo completamente nuevo en el mundo de las manifestaciones jurídicas, aunque, claro está, que debe estar ya contenido **in nuce** en el mundo jurídico, mientras que los demás actos se limitan a constatar o

Régimen Político y Municipal que expresa que "Cuando una ley se limite a declarar el sentido de otra, se entenderá incorporada en ella para todos sus efectos; pero no alterará lo que se haya dispuesto en decisiones ejecutoriadas antes de que entre a regir".

b) El acto administrativo que se dicta en cumplimiento de una sentencia emanada de la jurisdicción contencioso administrativa, fruto de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues, el pronunciamiento jurisdiccional tiene efectos ex tunc.

c) En algunos eventos el acto administrativo que revoca otro.

d) Los actos interpretativos de actos administrativos anteriores. Sobre el particular el artículo 14 del Código Civil dispone que "Las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio".

e) Los actos de convalidación.⁶ (se destaca).

Adicionalmente, la doctrina ha insistido en el carácter irretroactivo de los actos administrativos, para lo cual ha explicado:

"...por regla general tan sólo produce efectos jurídicos hacia el futuro, una vez se ha hecho ejecutorio. En este sentido, no se acepta que pueda producir efectos con anterioridad a su vigencia. En el plano doctrinal, las razones para esta consecuencia del acto administrativo se fundan no sólo en motivos jurídicos, en cuanto que el acto es la expresión del poder público institucionalizado, es decir, que constituye un importante instrumento del Estado de derecho para la creación, modificación y extinción del ordenamiento, sino también de oportunidad y conveniencia, en la medida en que las relaciones jurídicas del Estado constitucional deben procurar seguridad y estabilidad para los asociados.

*En este sentido, la irretroactividad del acto administrativo reclama para el Estado de derecho el principio de la seguridad jurídica, que invita a las autoridades a respetar el ordenamiento jurídico vigente en materia de situaciones jurídicas individuales, impidiendo que los actos creadores de las mismas sean por regla general modificados retroactivamente por disposiciones posteriores, e incluso que a futuro, se pueda prever que un derecho reconocido quede a la voluntad de la administración para efectos de su revisión, o que una disposición de carácter general pueda crear situaciones jurídicas para los asociados frente a fenómenos históricos, o hechos regidos por un ordenamiento jurídico vigente al momento en que sucedieron."*⁷

fijar una situación jurídica ya existente, sin cambiar, por lo menos aparentemente, la misma" . MERKL, Adolfo. **Teoría General del Derecho Administrativo**. México: Editora Nacional, 1980. págs. 246-247

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 7 de septiembre de 2000. Exp. 1294. C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando: "Tratado de Derecho Administrativo – Acto Administrativo" Tomo II. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, Pag. 138.

- **Del principio de confianza legítima**

El principio de confianza legítima busca la edificación de un ambiente de tranquilidad en las relaciones que construyen los asociados frente a las autoridades públicas o los particulares, de forma tal que puedan esperar, de buena fe, que sus actuaciones no sean variadas de manera abrupta a menos que prime un fin constitucionalmente legítimo.

La Corte Constitucional en Sentencia T-376 de 18 de mayo de 2012, con ponencia de la Magistrada María Victoria Calle Correa, al abordar un caso relativo a la recuperación del espacio público, definió la confianza legítima en los siguientes términos:

“46. El citado principio es una concreción del principio constitucional de buena fe y se deriva, así mismo, de la seguridad jurídica y el respeto por el acto propio. Sin embargo, posee un contenido normativo propio y su aplicación en el ámbito de las medidas de recuperación del espacio público se guía por reglas concretas ya depuradas por la jurisprudencia constitucional en las sentencias que se reiteran.

47. De acuerdo con el artículo 83 de la Constitución Política, las actuaciones de particulares y autoridades públicas deben adelantarse de buena fe, concepto que ha sido entendido por este Tribunal como “una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico”. La buena fe posee entonces un contenido axiológico en tanto se identifica con valores morales como la lealtad y la honestidad; pero es además un principio jurídico, elevado a norma constitucional en la Carta de 1991, que opera como eje cardinal de las relaciones entre los ciudadanos y la Administración.

48. La confianza legítima se deriva de la seriedad que caracteriza las actuaciones del Estado cuando se adelantan con apego al principio de buena fe y se traduce en la expectativa del ciudadano en el sentido de que la administración mantendrá un curso de conducta previamente evidenciado a partir de actuaciones u omisiones de las autoridades. En ese orden de ideas, ha sostenido la Corporación, el principio se orienta a proteger “expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto”. Contrario sensu, el principio no ampara esperanzas puramente subjetivas o construidas sobre comportamientos de carácter evidentemente doloso o culposos, ni se aplica cuando la administración ha establecido previamente la posibilidad de modificar una

actuación propia o cuando se persigue la protección de un derecho adquirido.” (se resalta)

Se colige de lo antes citado que la confianza legítima debe ser entendido como la expectativa cierta de que una situación jurídica o material, abordada de cierta forma en un período determinado, se trata de modo desigual en uno posterior, salvo que exista una causa constitucionalmente aceptable que legitime tal variación.

En palabras de la Corte Constitucional, *“el administrado no es titular de un derecho adquirido sino que simplemente tiene una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración”*⁸

5.5. CASO CONCRETO

En el *sub judice* se trata de establecer la legalidad del Oficio No. 029683 de 21 de agosto de 2013, suscrito por el Director Jurídico del Departamento de Boyacá, mediante el cual se le negó a la actora la petición radicada el 25 de julio de 2013, tendiente a obtener la aplicación retroactiva de la escala salarial contemplada en la Ordenanza 034 de 2011 y los decretos departamentales 1193 de 27 de diciembre de 2011, y 131 y 132 de 7 de febrero de 2012, y como consecuencia de ello, la nivelación salarial en porcentaje del 17.15% para los años 2009 a 2011 y enero de 2012 y el pago de las diferencias salariales y prestacionales causadas.

El acto demandado (fls. 73 – 74) se fundamentó en que a través de la Ordenanza No. 034 de 1º de diciembre de 2011, la Asamblea del Departamento de Boyacá ajustó la escala salarial de los empleos públicos de la Administración Central; que el Gobernador del Departamento de Boyacá, mediante el Decreto 1193 de 27 de diciembre de 2011 realizó la homologación de cargos y, a través del Decreto 132 de 7 de febrero de 2012 estableció la planta de personal, con base en resultados del **estudio técnico**; que las situaciones administrativas anteriores a la expedición de la precitada ordenanza y los decretos se encontraban consolidadas; y que los actos de la Asamblea y el Gobernador, en su calidad de actos generales, fueron publicados y gozan de presunción de legalidad.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-4352 de 2010

De los argumentos esbozados en la demanda, se colige que se pretende la declaratoria de nulidad del acto administrativo bajo el supuesto de que el diseño de la anterior estructura salarial del sector central de Departamento de Boyacá no se ajustaba a la realidad laboral de los empleos del nivel profesional Código 219, grados 10, 11, 13 y 14, los cuales debieron tener igual remuneración, y que solo con la nueva estructura quedó saneada la discriminación salarial al nivelar todos los empleos al grado 2, en consecuencia, tal circunstancia debe ser resarcida desde el año 2009 en adelante hasta el mes de enero, por los tres años anteriores a la aplicación de la homologación.

Del ajuste a la escala salarial e implementación de la nueva planta central del Departamento de Boyacá

En aras de establecer si el acto administrativo demandado vulneró normas superiores, resulta necesario precisar en qué consistió el procedimiento adelantado por el Departamento de Boyacá, cuyos beneficios se vieron reflejados a partir del año 2012 y que pretende la actora, sean aplicados a su situación salarial para los años 2009 a 2011.

La Asamblea del Departamento de Boyacá expidió la Ordenanza No. 034 de 1º de diciembre de 2011, *“Por la cual se ajusta la escala salarial de los empleados públicos de la Administración Central del Departamento de Boyacá, para la vigencia fiscal 2011 y se dictan otras disposiciones”* (fls. 66 – 69), en cuyo artículo 4º dispuso su vigencia a partir de la fecha de su sanción, esto es, el 1º de diciembre de 2011 y, expresamente señaló que *“no tiene efectos retroactivos”*.

Así mismo, estableció en su artículo 2º que el Gobernador expediría los actos administrativos necesarios para implementar de manera efectiva la nueva escala salarial, tales como el acto de homologación de grados⁹ y los ajustes presupuestales del caso.

Con base en tal disposición, el Gobernador del Departamento de Boyacá profirió el Decreto 1193 de 27 de diciembre de 2011 *“por el cual se realiza la homologación de grados de los distintos empleos de la planta de personal de la*

⁹El Ministerio de Educación Nacional, al expedir la *“GUÍA PARA LA HOMOLOGACIÓN DE CARGOS ADMINISTRATIVOS EN LAS ENTIDADES TERRITORIALES”*⁹ definió la **homologación de cargos** como *“un procedimiento, que mediante la comparación de funciones y requisitos de un empleo existente en determinada planta de personal, procura encontrar un equivalente a éste en la planta de personal receptora de ese empleo como resultado del proceso de descentralización (...) Para adelantar este proceso, es necesario tener en cuenta tanto los parámetros constitucionales, legales y reglamentarios establecidos para el efecto, así como las particularidades propias que puedan presentarse en cada entidad territorial.”* Consultado en la página web http://www.mineducacion.gov.co/1759/articles-99114_archivo_pdf.pdf

administración central del Departamento de Boyacá, y se dictan otras disposiciones". En su artículo 4º se determinó homologar los grados 10, 11, 13 y 14 del nivel jerárquico profesional código 219, al grado 02 (fl. 19), y en su artículo 8º que *"todas las situaciones administrativa existentes en la planta de personal actual de la Administración Departamental en su nivel central, existentes a la entrada en vigencia del presente decreto, se mantendrán en los términos y condiciones previamente definidas u originadas"* (fl. 23).

Posteriormente, fue expedido el Decreto No. 000131 de 7 de febrero de 2012, *"por el cual se establece la planta de personal del nivel central de la administración del Departamento de Boyacá, y se dictan otras disposiciones"* y, en la misma fecha, el Gobernador expidió el Decreto No. 000132, *"por el cual se hacen unas incorporaciones a la planta de personal del nivel central de la Gobernación de Boyacá"*, en cuyo artículo primero se incorporó a la señora Evidalia Colmenares Cañón en el cargo Profesional Universitario Código 219 Grado 02 (fl. 40) y en su artículo sexto se determinó que regiría a partir de la fecha de su expedición (fl. 59).

En su alzada, la parte actora afirmó que el salario fijado en la Ordenanza No. 034 de 1º de diciembre de 2011, y con base en los Decretos antes citados debe aplicarse retroactivamente por cuanto a partir de su expedición se vislumbró que percibió una remuneración injusta para los años 2009 a 2011.

Como se explicó en el acápite respectivo, por regla general, los actos administrativos surten efectos hacia futuro, mientras que, según lo analizó el Consejo de Estado en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil el 7 de septiembre de 2000, pueden presentarse excepciones puntuales, tales como: a) Cuando el acto administrativo en su contenido es declarativo y no constitutivo; b) El acto administrativo que se dicta en cumplimiento de una sentencia emanada de la jurisdicción contencioso administrativa, c) En algunos eventos el acto administrativo que revoca otro; d) Los actos interpretativos de actos administrativos anteriores; y e) Los actos de convalidación.

Examinado el acto demandado, en contraste con la Ordenanza 034 de 2011 y los Decretos 1193 de 27 de diciembre de 2011 y 0131 y 0132 de 7 de febrero de 2012, resulta claro que no éstos no se enmarcan en alguna de las excepciones enunciadas, así como tampoco afectaron situaciones que se consolidaron en vigencia las normas y actos administrativos que rigieron la situación salarial de la actora para los años 2009 a 2011. Se trató entonces del establecimiento de una nueva escala salarial, de la cual se vio beneficiada, en tanto se homologó el cargo que venía ocupando, esto es, el de profesional universitario código 219 grado 13 al de profesional universitario código 219 grado 02, el cual fue

incorporado a la planta global de la administración central del Departamento de Boyacá a partir del 7 de febrero de 2012 (fls. 75 – 76), y le significó un aumento salarial, puesto que su remuneración pasó de \$1.959.000 a \$2.410.000.

Ahora, contrario a lo expresado por la demandante, el ajuste de la escala salarial, la adopción de una nueva planta central del Departamento de Boyacá y la incorporación de los empleados dicha planta central del Departamento de Boyacá no obedeció a que se hubiera encontrado que la Administración reconociera su “torpeza”, reflejada en una previa situación salarial injusta o desigual, sino que se derivó de un estudio técnico cuya finalidad fue la modernización de la entidad.

En efecto, en folios 175 a 458 obra el “*estudio técnico de modernización de la Gobernación de Boyacá y del ITBOY*” en el cual se anotó que “*el proceso de Modernización Institucional, se realiza por medio de un estudio técnico en el que se analiza la situación actual de la Gobernación de Boyacá, respecto al cumplimiento de sus funciones, objetivos generales y su misión; con base en este análisis y teniendo en cuenta la normatividad vigente, se hace un diagnóstico que puede implicar reformas o mejoras en la Institución como son: productos y servicios; usuarios y clientes; procesos estratégicos, misionales, de apoyo, de control, y de evaluación; estructura; planta de personal, sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de empleos, entre otros. (...) radica en la necesidad de modernizar la estructura de la administración Central, las funciones de sus dependencias y la planta de personal a su realidad actual, en especial en aspectos financieros, de organización frente a sus competencias y responsabilidades.*” (fl. 184)

Se extrae del referido estudio, que se examinaron las necesidades propias de la entidad con miras al cumplimiento cabal de sus funciones, entre ellas, el establecimiento de una planta de personal acorde con los requisitos y labores de cada cargo, y con base en estudios presupuestales que afectarían inversiones en talento humano, en tecnología, en infraestructura física que se requerían para la mencionada modernización (fl. 185), es decir, su finalidad no fue modificar o resarcir situaciones consolidadas, sino asignar un punto de partida a partir del cual nuevas políticas de administración aporten a la consecución de los fines estatales.

De igual forma, a pesar de que la actora ha señalado que no discute la legalidad de los actos que en su momento establecieron la escala salarial de la planta central del Departamento de Boyacá, no es menos cierto que se refiere tanto en la demanda como en el recurso a que se encontraba en una situación desigual e injusta, frente a lo cual se aclara que los actos generales cuya aplicación

retroactiva se pretende, no tuvieron injerencia alguna sobre las condiciones previas a su expedición, como expresamente lo señaló el artículo 8º del Decreto 1193 de 27 de diciembre de 2011 (fl. 23), en consecuencia, al gozar de presunción de legalidad los actos que regularon la situación salarial de la demandante para los años 2009 a 2011, resulta imposible en el escenario del presente medio de control declarar una ilegalidad derivada de tales actos.

En el mismo sentido, conviene mencionar que el hecho de que fueran mejoradas las condiciones salariales mediante una decisión de nivelación salarial de los empleos no implica, per sé, que con anterioridad se hubiese incurrido en ilegalidad pues es precisamente por ello que la administración cuenta con la posibilidad de examinar las realidades y exigencias de su planta de personal para ajustarla a los cambiantes retos propios de la satisfacción de las necesidades de los administrados, razón de más para que no resulte posible aplicar retroactivamente los actos que resultan del adelantamiento de tales estudios.

En el anterior orden de ideas, a juicio de la Sala, tal como lo precisó al *a quo*, el oficio demandado se ajustó a las normas que actualmente rigen las circunstancias salariales de la actora, las cuales no dispusieron otra cosa que su aplicación con efectos hacia futuro, luego no contaba la Administración con sustento legal que le permitiera modificar situaciones laborales anteriores.

De la vulneración a principios laborales

Establecido como quedó, que el acto demandado no vulneró disposiciones de orden legal, resta analizar si, tal como lo expuso la demandante, se presentó una ruptura del principio de confianza legítima, al no aplicar retroactivamente los efectos de la nivelación salarial que actualmente la cobija.

Tal como se vio atrás, la confianza legítima se refiere a la expectativa cierta de que una situación jurídica o material, abordada de cierta forma en un período determinado, no sea tratada de modo desigual en uno posterior, salvo que exista una causa constitucionalmente aceptable que legitime tal variación.

En el *sub lite* se encuentra demostrado que a partir del mes de enero de 2012, la señora Evidalia Colmenares Cañón fue incorporada a la planta central del Departamento de Boyacá en el nivel profesional, código 219, grado 02, esto es, en un cargo establecido dentro de la nueva planta creada por el Decreto 1193 de 27 de diciembre de 2011, por virtud de lo dispuesto en la Ordenanza 034 de

2011, cargo en el que actualmente se encuentran 147 empleados.

Ahora, independientemente de las funciones o requisitos del cargo que desempeñara con anterioridad a la referida incorporación, y si se encontraba en igualdad de condiciones frente a otros empleados de distintos grados, para lo que atañe al asunto bajo examen, no resulta admisible el pretender aplicar las condiciones salariales y prestacionales de un cargo recientemente incorporado, a situaciones anteriores que, como ya se anotó, se consolidaron en vigencia de otros actos que hoy gozan de presunción de legalidad; por lo tanto no es posible efectuar una comparación objetiva entre situaciones originadas en dichos actos, con las condiciones actuales que surgieron de los pluricitados ordenanza y decretos departamentales, ni mucho menos afirmar que se presentó una ruptura del principio de confianza legítima.

Así lo precisó este Tribunal cuando explicó:

“Y, si se tratara de examinar el incremento salarial, tendría que concluirse, contrario al entendimiento de la parte demandante, que, precisamente, salvaguardando la Constitución y la ley, la remuneración salarial del pasado no fue disminuida sino incrementada, expectativa sana de cualquier servidor público, allí sí, sin perpetuar la clasificación que otrora obtuvo la presunción de legalidad contenida en los distintos actos administrativos que clasificaban los empleos.

Resulta entonces inconsistente, que un incremento salarial generado a partir de un estudio de modernización pueda ser interpretado como una decisión que convierte en ilegales actos anteriores por cuanto ellos rompieron el principio de confianza legítima y que de allí pueda derivarse la reparación a un perjuicio causado por un acto administrativo que se negó a aplicar retroactivamente la norma. En fin, el argumento resulta contradictorio.

*Distinta sería la conclusión y el análisis si se tratara de establecer la legalidad de los actos administrativos que **en su momento regularon la situación salarial** de la actora pues si ese análisis concluyera que todos los empleos de Profesional Universitario grado 219 tenían, no sólo igual nivel, sino también iguales responsabilidades, requisitos exigidos para su desempeño y naturaleza de sus funciones, entonces, podría evidenciarse una diferenciación injustificada, pero ahora, lo que se encuentra es que, se reitera, acogiendo la orientación técnica, justificada en la modernización de la institución, todos ellos resultan asimilables al mismo nivel salarial.*

Por ello, como se ha insistido, la inconformidad de la actora con el salario que le fue cancelado con anterioridad a la Ordenanza 34 de 2011 no podía controvertirse sino a partir de la demanda de los actos administrativos con fundamento en los cuales se rigió su situación laboral.

En manera alguna, a juicio de esta Sala, la Ordenanza y los decretos de homologación son prueba de ilegalidad de otros actos administrativos que

establecían las escalas salariales, que, considera el recurrente "...se revela y se descubre aspira a que con su ilegal proceder, las consecuencias de su equivocación, para no decirlo de otra manera, las asuma el demandante." Admitir este argumento, además, impondría que la administración está impedida para reestructurarse según las circunstancias del momento y, aún más grave, que los empleos públicos no pueden ser reclasificados lo cual, más que reconocer principios que enmarcan el proceder laboral, parece "condenar" a la petrificación de las plantas de personal aún bajo el desconocimiento de los cambios que impone la sociedad, la economía y las políticas públicas.

Un argumento como el que acaba de transcribirse impondría que toda reforma de las plantas de personal, que en ningún caso pueden desmejorar las condiciones de los empleados que sean incorporados en ellas, es prueba de una ilegalidad encubierta si, como consecuencia, se mejoran las condiciones salariales de los empleados. Tal interpretación desconoce principios de la administración pública."¹⁰

En efecto, de acuerdo con el artículo 209 de la Constitución Política, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de eficacia, economía y celeridad, en donde el aparato estatal debe estar diseñado dentro de criterios de mérito y eficiencia, lo que lo faculta para crear, modificar, suprimir y reorganizar los cargos de su planta de personal cuando las necesidades públicas o las restricciones económicas se lo impongan o cuando el desempeño de los funcionarios así lo exige, de tal manera que el Estado debe realizar procesos de adaptación en sus estructuras que, en ocasiones, involucran modificaciones en las plantas de personal.

Sobre los procesos de reestructuración de las entidades, la Corte Constitucional ha señalado que al interior de tales procesos se deben respetar y proteger los derechos de los trabajadores, tal como lo explicó en la sentencia C-209 de 1997, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara:

"Como se ha establecido por esta Corporación, el señalamiento de las políticas administrativas o económicas del Estado desarrollan el ordenamiento jurídico constitucional, siempre y cuando, con las mismas se protejan los bienes y derechos consagrados en la Carta Política y garanticen la igualdad de oportunidades de los ciudadanos, la libertad de empresa y el derecho al trabajo y otros derechos fundamentales, de los mismos, que forman parte del orden público constitucional.

En desarrollo de dichas políticas el proceso de modernización del Estado colombiano persigue mejorar la eficiencia de las actividades adelantadas por los entes públicos en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado (C.P., art.2o.). Dichos procesos, en su mayoría, han sido analizados por esta

¹⁰ Op. Cit. 1

Corporación, la cual desde el punto de vista de la incidencia de los mismos en las condiciones laborales de los trabajadores, ha señalado que reflejan los principios y valores constitucionales en cuanto aseguren el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y las garantías y derechos adquiridos por los trabajadores.²

Es así como, el Estado, para cumplir con sus fines, debe reajustar la estructura orgánica y funcional que le sirve de medio para obtenerlos. Por lo tanto, en lo que respecta a la administración pública, resulta razonable que se produzca la correspondiente valoración del desempeño de las entidades que la conforman, a fin de evaluar su misión, estructura, funciones, resultados, etc., y adecuarlas a los objetivos demarcados constitucionalmente. Lo anterior se confirma con el carácter instrumental que tiene aquella frente a las políticas de gobierno, en lo relacionado con la ordenación y racionalización de la prestación de las funciones de responsabilidad del Ejecutivo, dentro de los principios de eficiencia, eficacia y celeridad.

En concordancia con lo anterior, la Corte ha señalado, en reiteradas ocasiones, que la estructura de la administración pública no es intangible sino que puede reformarse incluyendo una readecuación de la planta física y de personal de la misma. La reforma de las entidades y organismos sólo será procedente si, conforme a los mandatos constitucionales, se ajusta a las funciones asignadas a los poderes públicos y no vulnera los derechos fundamentales de los ciudadanos, en especial, los derechos laborales de los servidores públicos (C.P., arts. 53 y 58).³

En consecuencia, el proceso de reestructuración que adopte el Legislador en una entidad dentro de los principios enunciados para su cabal funcionamiento, es conducente si en él se protegen los derechos de los trabajadores y si las actuaciones no exceden los límites legalmente establecidos para realizarlo ; esto significa, que el retiro de su personal debe ir acompañado de las garantías necesarias para que el trabajador no quede desprotegido en sus derechos y el proceso en sí no se convierta en un elemento generador de injusticia social.” (negrilla fuera de texto original)

Del anterior pronunciamiento se colige que el incremento de los salarios como consecuencia de la modernización de una planta de personal e incorporar a sus empleados en los nuevos cargos, en manera alguna puede ser entendida como una prueba de ilegalidad de la clasificación del personal vigente hasta ese momento, sino que, sencillamente, es la expresión del legislador que considera necesario reestructurarse para cumplir de mejor forma con los fines que la Constitución le ha encomendado.

Como se extrae de la certificación expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá (fls. 75 – 76), la remuneración percibida por la demandante en los años 2009 a 2011 frente a la que pasó a devengar en el año 2012, si bien fue incrementada, esto no obedeció a que se hubiera detectado una ilegalidad en la

forma como venían siendo remunerados los empleados del departamento, así como tampoco puede tenerse como prueba de la ruptura de la confianza legítima, sino a la conveniencia del ajuste en la escala salarial al cual se ha hecho referencia, y que no se vio reflejado de inmediato como lo quiere hacer ver la actora, sino que se presentó un aumento paulatino en los meses de enero y febrero del año 2012, para concretarse en el mes de marzo de esa anualidad (fl. 76).

Así las cosas, como se estableció en primera instancia, la demandante no logró desvirtuar la legalidad del acto demandado, lo que impone a la Sala confirmar la sentencia apelada.

Por otra parte, la abogada María Constanza Pena Sanabria presentó escrito en el que renuncia al poder otorgado por el Departamento de Boyacá, junto con el cual aportó constancia de su notificación (fls. 536 – 537), por lo que, de acuerdo con lo previsto en el inciso 4° del artículo 76 del CGP, se tendrá por terminado su mandato para actuar en el presente asunto.

Así mismo, el abogado Heissen Robelto Zipa, aportó poder otorgado por el Departamento de Boyacá (fl. 548), no obstante, no fueron allegados los documentos que acreditan la representación legal del poderdante, de tal manera que la Sala se abstendrá de reconocerle personería.

5.6. COSTAS

El artículo 188 del CPACA dispone que *“salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. De modo que se dejó de lado el factor puramente subjetivo que traía el Código Contencioso Administrativo, es decir, no se observará la conducta de las partes, sino que es potestativo del juez condenar o no por tal concepto, dependiendo de la comprobación de que se hubieren causado, tal como además lo precisó la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 16 de abril de 2015, expediente 25000-23-24-000-2012-00446-01, con ponencia del Magistrado Guillermo Vargas Ayala.

Por su parte, los numerales 1, 2 y 8 del artículo 365 del CGP estableció la forma en que se efectuaría la condena en costas en los casos en que se resuelva desfavorablemente un recurso, siendo procedente su imposición cuando en el expediente se demuestre su causación.

Por tanto, habida cuenta que no prosperaron los argumentos de la alzada, **y que el apoderado de la parte contraria actuó en esta instancia, se condenará en costas a la entidad enjuiciada.**

Igualmente, conforme al artículo 361 del CGP, 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 en 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.* Así las cosas, la Sala considera prudente tasar las agencias en derecho en la suma equivalente al 3% de las pretensiones de la demanda.

VI. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, SALA DE DECISIÓN No. 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMAR en la sentencia proferida el 22 de mayo de 2015 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Tunja.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte vencida, liquídense, para lo cual se seguirá el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP.

TERCERO: Fijar como agencias en derecho, a cargo del apelante, la suma equivalente al 3% de las pretensiones reconocidas.

CUARTO: 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".

QUINTO: Abstenerse de reconocer personería al abogado Heissen Robelto Zipa, identificado con C.C. 1.049.624.645 de Tunja y portador de la T.P. 243.860 del C. S. de la J., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase

Esta providencia se estudió y aprobó en Sala de decisión de la fecha.


PATRICIA VICTORIA MANJARRES BRAVO
Magistrada


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado


Libertad y Orden
Tribunal Administrativo De Bogotá
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA

LA PROVIDENCIA QUE ANTECEDE, SE NOTIFICÓ POR ESTADO ELECTRÓNICO N°
718 PUBLICADO EN EL PORTAL WEB DE LA RAMA JUDICIAL, HOY,
112 MAY 2019 SIENDO LAS 08:0 AM


SECRETARÍA