



Consejo Superior  
de la Judicatura

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**  
**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**  
**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD DE**  
**TUNJA**  
Carrera 11 N° 17-53 Piso 4

Tunja, Agosto doce (12) de dos mil quince (2.015).

**Radicación No.** 15001-33-31-701-2012-00074-00  
**Demandante:** GLORIA WALDINA MORALES RAMIREZ  
**Demandado:** DEPARTAMENTO DE BOYACÁ.  
**Controversia:** Reconocimiento y Pago del sobresueldo del 20% adicional sobre la asignación básica, prevista por la Ordenanza 023 de 1959.

## **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**

La Señora GLORIA WALDINA MORALES RAMIREZ, identificada con C.C. No. 233.606.325, a través de apoderado legalmente constituido, interpone acción contenciosa Administrativa en proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A, en contra del **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**, sintetizada de la siguiente manera:

### **I.- ANTECEDENTES.**

#### **1.- Pretensiones.-**

##### **"DECLARACIONES**

1. *Que se declare la Nulidad del Oficio 1.2.1.38, del 20/01/2012, a través del cual el DEPARTAMENTO DE BOYACA, negó el reconocimiento del sobresueldo del 20% creado por la Ordenanza 23 de 1.959, a mi mandante, como factor salarial.*
2. *Inaplicar por Inconstitucional la Ordenanza No. 48 de 1995, que derogó la Ordenanza No. 23 de 1959,*
3. *Aplicar en el presente asunto el Principio Constitucional de FAVORABILIDAD LABORAL, en la utilización de las fuentes formales de Derecho.*

##### **CONDENAS**

1. *Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del Derecho, se ordene al Departamento de Boyacá a reconocer y pagar a mi mandante el 20% de PRIMA DE SERVICIOS, como factor salarial, desde la fecha en que cumplió los 20 años de servicio y 50 de edad.*

2. *Que la mencionada Prima de Servicios, sea incluida como factor salarial de mi mandante, para lo cual debe ser tenida en cuenta al momento de la Liquidación y pago de sus prestaciones Sociales tales como: Prima de Navidad, Prima Vacacional, de Cesantías y Pensiones demás prestaciones sociales a que tenga derecho.*
3. *Que se ordene a la Demandada incluir en nómina a mi mandante, para el reconocimiento y pago mensual de la mencionada prima de servicios.*
4. *Que sobre dicho reconocimiento se cancelen intereses por mora al máximo del interés corriente, certificado por la superintendencia bancaria.*
5. *Que sobre las sumas declaradas se ordene la indexación correspondiente en los términos del Artículo 178 del C. C. A.*
6. *Que dé cumplimiento a la sentencia dictada en este proceso dentro de las prescripciones consagradas en los Artículos 176 y 177 (adicionado por la ley 446 de 1.998). y el Artículo 178 del C. C. A.*
7. *Que se condene en costas a la Demandada."*

## **2.- Supuestos de hecho.-**

El componente fáctico de la demanda relata que la Ordenanza 023 de 1959 creó a favor de los docentes un incremento consistente en el 20% adicional, a quienes cumplieron 20 años de servicio en el Departamento de Boyacá y no tuviesen edad para pensionarse.

Que la accionante fue vinculada como docente al servicio del Departamento de Boyacá, cargo y funciones que viene desempeñando hasta la fecha, completando más de veinte (20) años de servicios.

Que la actora no ha cumplido la edad de jubilación, razón por la cual radicó derecho de petición tendiente a obtener el reconocimiento del sobresueldo del 20% sobre el salario básico, solicitud que fue resuelta en forma negativa mediante Oficio 1.2.1.38 del 20 de Enero de 2012.

## **3.- Normas Violadas y Concepto de Violación.-**

Cita el demandante normas de orden constitucional: los artículos: 1, 2, 3, 4, 13, 25, 53, 68, 345, el Inciso final del Parágrafo Transitorio del Artículo 357, reformado por el Acto Legislativo No. 01 de 2001.

De orden legal: La Ley 43 de 1975; el Decreto Ley 2277 de 1979; la Ley 91 de 1989; la Ley 4 de 1982; la Ley 60 de 1993; la Ley 115 de 1994; la Ley 715 de 2001; la Ley 812 de 2003, el Decreto 3533 de 2003, los conceptos de la consulta y del Servicio Civil Nos. 1518 de 2003 y 1607 de 2004 del Honorable Consejo de Estado; así como lo dispuesto por el Concepto No. 2005IE7474 del 15 de julio de 2005 y La Ordenanza No. 023 de 1959.

Sustenta jurídicamente su pedimento manifestado que **a)** existe violación a la obligación que tiene la Nación de cubrir con cargo al Sistema General de Participaciones el régimen salarial y prestacional de los docentes que laboran en las entidades territoriales (violación directa de la Constitución y la Ley); **b)** violación a la constitucionalidad, legalidad, vigencia

y exigibilidad del 20% de prima de servicios para los docentes de Boyacá; y c) constitucionalidad y legalidad de la Ordenanza 023 de 1959.

Al respecto, señala que resulta evidente que el Sobresueldo decretado por la Honorable Asamblea de Boyacá, se encuentra vigente, en tanto, no fue derogado ni tácita ni expresamente por la Ley 4 de 1992. Por consiguiente, aclara que la prima de servicios reclamada por la accionante no es inconstitucional, tampoco es ilegal, se encuentra vigente y actualmente es un derecho exigible, teniendo en cuenta las facultades de las asambleas para regular salarios y prestaciones sociales en la vigencia de la Constitución de 1986.

Finalmente, manifiesta que el derecho reclamado por el accionante no se encuentra prescrito, teniendo en cuenta el principio general del derecho según el cual las obligaciones que la Ley renueva, no prescriben. Fundamenta tal apreciación en el sentido de que el Acto Legislativo No. 1 de 2001 incluyó en el parágrafo transitorio todos los costos en educación por concepto de docentes y directivos docentes financiados con el situado fiscal, con recursos propios de las entidades territoriales, en un calculo de 10.9 billones de pesos, deudas y costos que fueron incorporados al Sistema General de Participaciones el 1º de Noviembre de 2000, renovando la obligación de pagar todas las deudas que tenían los Departamentos, Distritos y Municipios con los Docentes, Directivos Docentes y Administrativos, desde la puesta en vigencia de la Ley 60 de 1993.

## II.- ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Luego de verificar los requisitos de forma exigidos por el artículo 137 del C.C.A. la demanda fue admitida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Tunja, mediante auto de fecha 25 de Julio de 2012, visible a folio 32 y 33.

2.- Notificada en debida forma la demanda (fls 74), se fija en lista por el término de 10 días (fl 75), compareciendo la entidad demandada para contestar la demanda dentro del termino, proponiendo excepciones (fls. 76 a 79).

## III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la parte demandada se opone a todas y cada una de las pretensiones esgrimidas en la demandada, toda vez que el acto atacado se encuentra ajustado a derecho en la medida en que se le informa a la demandante que su petición de reconocer y pagar el 20% de sobresueldo no es procedente de conformidad con la derogatoria respecto de la Ordenanza 023 de 1959.

Expresa, que con la expedición del acto administrativo no se infringe ninguna de las normas señaladas por la parte actora, máxime cuando la asignación o no del sobresueldo no es resultado de una facultad discrecional, sino producto de una situación reglada, que la Administración Departamental cumplió observando normas aplicables al caso, pues no se trata simplemente de verificar años de servicio para reconocer a todos los docentes un sobresueldo.

Manifiesta que el Departamento de Boyacá no ha desconocido derechos, por cuanto la actora no ha adquirido el derecho pretendido pues no cumple con las exigencias legales.

Aduce que el sobresueldo fue "establecido" por una Ordenanza contraveniente de las disposiciones constitucionales y legales en materia de salarios y prestaciones, toda vez que tal atribución solo corresponde al Congreso de la República a través de la Ley o al ejecutivo nacional, a través de Decretos. De tal suerte que la pretensión de la demandante resulta contraria a derecho.

En cuanto a los hechos manifestó que son ciertos los numerales 10, 11 y 12, frente a los numerales 1, 2, 8 y 9 manifiesta que no le consta que se pruebe, en cuanto al numeral 3, alega que es parcialmente cierto, que el numeral 4 y 5 es un argumento que soporta las pretensiones de la demanda y que los numerales 6 y 7 no son ciertos.

3. Mediante auto de fecha diecisiete (17) de septiembre de 2014, se abrió el proceso a pruebas (folio 85), para lo que se decreta tener como tales las documentales aportadas con la demanda y su contestación y se oficia a la secretaría de educación departamental a fin de que allegue al expediente el acto administrativo de nombramiento e incorporación a la planta docente y certificado de tiempo de servicios de la demandante.

4. Mediante auto de fecha 06 de marzo de 2015, el Juzgado séptimo Administrativo oral avoca conocimiento de la presente acción y requiere a la entidad oficiada a fin de que allegue al plenario, la prueba solicitada con anterioridad. Así las cosas, a través de oficio de fecha 17 de marzo de 2015, visible a folio 93, la entidad oficiada allega los documentos que fueron solicitados en el auto de pruebas.

5. Teniendo en cuenta lo anterior, mediante proveído de fecha 02 de junio de 2015, el despacho ordena correr traslado común por el término de 10 días para que las partes aleguen de conclusión, sin que ninguna de las partes se pronunciara.

5. Surtido el trámite de rigor y no habiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, se decide sobre el fondo de la presente litis, previas las siguientes,

#### IV.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

##### 1. Las excepciones

El apoderado de la parte demandada propone las siguientes:

**a. Ausencia de Base Legal para el reconocimiento de la bonificación para el año 2004.** Señala que no hay lugar al reconocimiento de las pretensiones por cuanto las ordenanzas que reconocían el sobresueldo del 20% fueron derogadas con la expedición del Decreto 52 de 1994.

**b. Prescripción.** Aduce que de tener derecho el actor a la prima pretendida, ruega se declare la prescripción parcial del derecho, de conformidad con el Decreto 3134 de 1968.

Para el Despacho las excepciones propuestas por la demandada, forman parte del debate jurídico a estudiar, por ende su análisis se hará cuando se entre a estudiar el fondo de este asunto.

En cuanto a la prescripción del derecho, se tiene que el fenómeno extintivo de la prescripción opera oficiosamente una vez se establezca en la sentencia el pago de salarios y

prestaciones sociales, por lo que de llegar a acceder a las pretensiones del demandante, se decidirá sobre la misma.

## 2.- Problema Jurídico.

2.1.- Le corresponde al Despacho determinar si la Docente GLORIA WALDINA MORALES RAMIREZ, le cobija el derecho a adquirir un sobresueldo consistente en el 20% adicional a su salario base al haber laborado 20 años al servicio de la educación, sin haber cumplido la edad para pensionarse, en los términos de la Ordenanza No. 023 de 1959 expedida por la Asamblea del Departamento de Boyacá.

## 3.- Marco Jurídico.-

Para desatar la cuestión litigiosa, es necesario que el Despacho haga las siguientes precisiones: a.) Normatividad invocada en el petitum y que regula el sobresueldo del 20%; b.) Reciente precedente jurisprudencial del Consejo de Estado referente a la naturaleza de factor salarial del sobresueldo del 20%; c.) Competencias de la asamblea departamental para crear y regular sobre factores salariales a la luz del régimen constitucional de 1.886 y 1.991; d.) De la inconstitucionalidad sobreviniente; e.) El caso concreto.

### a.) Normatividad invocada en el petitum y que regula el sobresueldo del 20%. -

La Ordenanza No. 023 de 1959 en su artículo 20 estableció:

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

Por su parte, la Ordenanza No. 048 de 1.995 “Por la cual se derogan las ordenanzas números 023 de diciembre 9 de 1.959, 054 de diciembre 6 de 1.967 y 013 de diciembre 11 de 1.984”, señaló en su artículo segundo:

*“ARTÍCULO SEGUNDO.- Se respetarán los derechos adquiridos con fundamento en las ordenanzas que se están derogando.”*

En desarrollo de la norma antes citada dio lugar a la expedición del Decreto Departamental No. 000250 de 15 de Marzo de 1.996 subrogado por el Decreto No. 000463 del 6 de Mayo de 1.996, cuya parte pertinente se transcribe:

*“ARTÍCULO PRIMERO: Para efectos del artículo 2º de la Ordenanza 48 de 1.995, se entiende por derechos adquiridos las formas vigentes de liquidar y pagar salario de los docentes nacionalizados y departamentales vinculados hasta el 31 de diciembre de 1.995; por consiguiente para estos docentes el salario se liquidará y pagará así:*

*a.- Los educadores de primaria y secundaria, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1.995, que habiendo trabajado 20 años al servicio del departamento de Boyacá y no tengan la edad requerida para la pensión de jubilación, tendrán derecho a un 20% de aumento sobre el sueldo básico mensual. (...)” (Resaltado fuera del texto original).*

De conformidad con las normas transcritas, los efectos de la Ordenanza 23 de 1.959 en cuanto al sobresueldo, se prolongaría hasta el 31 de diciembre de 1.995, pues los docentes nombradas hasta esa fecha, cuando acrediten haber cumplido 20 años de servicio tendrían derecho al mismo.

Respecto del Decreto Departamental No. 0463 de 6 de mayo de 1996, por el cual se reglamentó el artículo 2º de la Ordenanza No. 048 de 1995, verifica el Despacho que tal norma fue suspendida provisionalmente por parte del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá mediante auto de 31 de agosto de 2.005, por lo que fue retirado de la base normativa al considerar que era flagrantemente violatorio de la Constitución Política; y en esa medida ningún efecto puede derivarse de tal decreto.

Así las cosas, ha de estudiarse las Ordenanzas 023 de diciembre 9 de 1959 y la 048 del 15 de diciembre de 1995, en lo atinente al sobresueldo del 20%, como factor salarial a la luz de la Constitución Política de 1.886 y 1.991; esto es, si para la fecha de su expedición el Gobierno Departamental, está facultado o no para fijar o modificar el régimen prestacional de los empleados públicos del departamento.

**b.) Reciente precedente jurisprudencial del Consejo de Estado referente a la naturaleza de factor salarial del sobresueldo del 20%.-**

La evolución jurisprudencial del Consejo de Estado en torno a la naturaleza jurídica del sobresueldo del 20%, creado mediante Ordenanzas 023 de diciembre 9 de 1959, ha presentado dos momentos: En primer lugar, se contempla dentro del concepto general de régimen salarial y prestacional, dejando abierta la posibilidad de interpretación para enmarcarla ya sea como prestación social o como factor salarial. Entre otros pronunciamientos encontramos los siguientes:

- Sentencia tres (3) de abril de dos mil ocho (2008). C.P.: DRA. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ, Rad. No. 150012331000200102038 01, Actor: Blanca Cecilia Poveda Acosta: *"En su insistencia porque se reconozca el derecho reclamado, el apelante pasó por alto el punto referido por el Tribunal, consistente en que las Corporaciones Públicas de elección popular carecen de competencia para expedir actos administrativos creadores de factores salariales y prestacionales de los empleados públicos, porque esa es una atribución exclusiva del Congreso de la República y del Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias, toda vez que así lo disponía expresamente el artículo 76 de la Constitución Política de 1886 y lo señala el 150, numeral 19, literal e) de la Carta Fundamental de 1991 que hoy nos rige, al igual que el artículo 12 de la Ley 4a de 1992.*  
(...)

*El texto, claro por demás, de las normas transcritas, respaldan el argumento del Tribunal, referido a la falta de competencia de las Asambleas Departamentales para regular aspectos salariales y prestacionales de los empleados públicos y evidentemente los actos con los cuales la demandante pretende el pago del sobresueldo que reclama, son inaplicables porque contrarían la Constitución y la ley y una decisión accediendo a su petición resultaría tan contraria a esas normatividades, como son contrarias las normas locales que invoca; en consecuencia tales argumentos permanecen incólumes como fundamento de la decisión recurrida y en este caso resultan suficientes para mantenerla."* Resaltado y subrayado fuera del texto original.-

- Sentencia treinta (30) de abril de dos mil ocho (2008). C.P.: DR. JAIME MORENO GARCÍA, Rad. No. 15001-23-31-000-2001-00091-01, Actor: Juan Antonio Espinosa Moreno:

*Pues bien, ésa es precisamente la situación que se da en este caso, pues como es sabido, tanto en la Carta Política de 1991, como en la anterior, el régimen prestacional de los empleados oficiales del orden territorial, es el señalado por la Ley. Así, a partir de la expedición del Acto Legislativo No. 01 de 1968, el primitivo artículo 187 de la Constitución de 1886 fue subrogado, dejando en manos exclusivamente del Congreso la facultad de regular el sistema prestacional de los empleados oficiales de cualquier orden, siendo proscrito cualquier régimen señalado para los entes territoriales.*

*Y es que a diferencia de la Carta Política anterior, la Constitución de 1991 en el artículo 150 numeral 19 le otorgó al Gobierno Nacional la potestad de definir el régimen prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, con sujeción a los objetivos y criterios generales que fije el Congreso de la República mediante una ley general.*

*Dentro de este nuevo reparto de competencias, el Congreso dictó la Ley 4ª de 1992, de carácter general, y el gobierno quedó habilitado para fijar, mediante decreto, el régimen prestacional, entre otros, de los empleados de las entidades territoriales, al tenor del artículo 12 de la citada Ley, el cual reza así:*

*"El régimen prestacional de los servidores públicos de las Entidades Territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.*

*En consecuencia, no podrán las Corporaciones Públicas Territoriales arrogarse esta facultad."*

*De lo anterior se concluye que ni antes de la Constitución de 1991, ni a partir de su vigencia, las entidades públicas del orden territorial estaban facultadas para señalar el régimen prestacional de sus servidores, que fue, precisamente, lo que hizo la Asamblea Departamental de Boyacá, al crear una prima de servicios para los educadores oficiales. Resaltado y subrayado fuera del texto original.-*

Por su parte un segundo momento, donde recientemente el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha avanzado en el sentido de definir de manera clara, concreta y al unísono, la naturaleza del sobresueldo del 20% originado en la Ordenanza 023 de 1959 concluyendo que constituye factor salarial, como en seguida se verifica.

Entre otros pronunciamientos encontramos:

*"1. La naturaleza del sobresueldo que reclama la actora en su carácter de docente departamental. El artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones", establece que constituye salario además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.*

*El concepto salario ha sido objeto de diversos pronunciamientos, dentro de los cuales se encuentra el concepto No.1393 del 18 de julio de 2002, en el que el Consejo de Estado analizando el alcance de los términos salario y factor salarial contenidos en el artículo 42 del Decreto 2042 de 1978 expuso:*

*“El salario<sup>41</sup> “... aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador.... En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo (subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) “constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino **todo lo que recibe el trabajador** en dinero o en especie **como contraprestación directa del servicio**, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.” En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que “además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, **constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.**”*

*De esta manera, tal y como se ha definido el salario, es viable concluir que el porcentaje del 20% que reclama la actora y que tiene su origen en la Ordenanza 23 de 1959, tiene la naturaleza de factor salarial, en cuanto fue creado para que el trabajador la recibiera de manera permanente e ingresara a su patrimonio por la prestación continua de sus servicios, liquidable sobre la asignación básica devengada por el servidor, entendiendo por asignación básica la retribución correspondiente a cada empleo y que según el artículo 13 del Decreto 1042 de 1978 está determinada por sus funciones y responsabilidades, así como por los requisitos de conocimientos y experiencia requeridos para su ejercicio, según la denominación y grado establecidos en la nomenclatura y escala del respectivo nivel.”<sup>1</sup> Subrayado fuera del texto original.-*

De conformidad con la sentencia antes referida y transcrita en el aparte pertinente, concluye que el porcentaje del 20% y que tiene su origen en la Ordenanza 23 de 1.959, tiene la naturaleza de factor salarial, por las razones allí expuestas. Por consiguiente, en lo sucesivo es del caso estarse a lo anteriormente resuelto frente al problema jurídico de la naturaleza del sobresueldo objeto de estudio, pues adicional de ser un pronunciamiento reciente, se constituye en el común denominador del Consejo de Estado, por lo que se ha configurado el precedente jurisprudencial vertical.

**c.) Competencias de la asamblea departamental para crear y regular sobre factores salariales a la luz del régimen constitucional de 1.886 y 1.991.-**

En este orden de ideas, reitera el Despacho, procederá en este acápite al estudio de las Ordenanzas 023 de diciembre 9 de 1959 y la 048 del 15 de diciembre de 1995, en lo atinente al sobresueldo del 20%, como factor salarial a la luz de la Constitución Política de 1.886 y 1.991; esto es, si para la fecha de su expedición el Gobierno Departamental, está facultado o no para fijar o modificar el régimen prestacional de los empleados públicos del departamento.

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección B- sentencia dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2.010); Consejero Ponente: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, Radicación: No. 150012331000200300468 01, Expediente: No. 2496-2007, Actora: ANA CELMIRA HERNANDEZ BERNAL

Sobre el problema jurídico planteado - naturaleza de factor salarial del sobresueldo del 20% Ordenanza 23 de 1959 - , ver : Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección A - sentencia (10) de julio de dos mil ocho (2008). Consejero ponente: Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN Radicación No.: 15001-23-31-000-2002-02573-01(2481-07) Actor: RICARDO NEL AYALA BECERRA

En tratándose del régimen salarial, para el Despacho es claro que solo a partir de la reforma constitucional de 1.968, el único órgano competente para la fijación del régimen salarial de los empleados públicos es competencia exclusiva del legislador ordinario o extraordinario, entendiéndose por éste, respectivamente, al Congreso de la República o al Presidente de la misma, mediante la expedición de decretos extraordinarios. En efecto, el régimen constitucional colombiano de 1.886, con la inclusión de la reforma contenida en el acto legislativo 01 de 1968, correspondía al Congreso determinar la estructura de la Administración Nacional y fijar las distintas categorías de empleo, así como el **régimen de prestaciones sociales**. El artículo 76 numeral 9º de la Constitución de 1.886, disponía:

*“Artículo 76.- Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:*

*(...)*

*9ª. Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales.*

*(...)” (Subrayado fuera del texto).-*

Antes de la reforma constitucional de 1.968, sobre la competencia para regular el régimen salarial por parte de las autoridades locales, el Consejo de Estado ha auscultado el tema, señalando:

*“2. Del órgano y órganos competentes para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, competencia de las Asambleas en la Constitución de 1886 y en la Constitución de 1991. Según el artículo 62 de la Constitución de 1886, el Congreso era el órgano competente para crear los empleos y fijar sus emolumentos, posteriormente con el Acto Legislativo No. 3 de 1910, las Asambleas fueron facultadas para fijar el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos, así se desprende del contenido del artículo 54-4:*

*“... Corresponde a las Asambleas.- (...) 5) La creación y supresión de circuitos de notaría y de registro y la fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos.”*

*Esta atribución siguió conservándose tal y como se desprende del contenido del artículo 83 del Acto Legislativo No. 1 de 1945 que dice:*

*“...Corresponde a las Asambleas: (...) 5) La fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos.”*

*Posteriormente, con el Acto Legislativo No. 1 de 1968, se estableció que el órgano encargado de determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, era el Congreso, quien quedaba facultado para revestir pro tempore al Presidente de la República con precisas facultades extraordinarias para regular esta materia.*

*(...)*

*De esta manera queda claro que desde la reforma constitucional de 1968, el único órgano competente para la fijación del régimen salarial de los empleados públicos es el Congreso, ya sea de manera directa o delegando la facultad en el Presidente de la República*

(...)

3. La competencia de la Asamblea de Boyacá para crear a través de la Ordenanza 023 de 1959 el sobresueldo del 20% sobre la asignación básica. Acorde con lo expuesto en el numeral precedente puede afirmarse sin dubitación alguna que la Corporación departamental para el año de 1959 en que expidió la Ordenanza 023 creadora del derecho que la actora reclama, estaba facultada, pues la competencia residual para la fijación del régimen salarial de los empleados públicos la consagró el Acto legislativo No. 1 de 1968 y se mantuvo en la Constitución de 1991. <sup>2</sup> Subrayado fuera del texto original.-

Teniendo en cuenta lo anterior, y en los términos del Acto Legislativo N° 3 de 1910, la Asamblea de Boyacá al expedir la Ordenanza 023 de 1959, se encontraba facultada constitucionalmente para crear el factor de salario equivalente al 20% del sueldo básico para los docentes del departamento que hubiesen trabajado 20 años de servicio y no tengan la edad legal para ser jubilados; acto administrativo que deja de tener efectos jurídicos a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 de 1.968 por medio de la cual se sustrajo a las Asambleas de la potestad para fijar el régimen salarial de los empleados del departamento, dejando exclusivamente en manos del Congreso de la República tal competencia, potestad ratificada con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y de la Ley 4ª de 1992, como en seguida se analiza.

Corolario de lo anterior, la Constitución Política de 1.991, en su artículo 150 numeral 19 literal e), al regular lo relativo a las atribuciones del Congreso de la República dispuso:

*"Art. 150.- Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

(...)

19) *Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos:*

(...)

*e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso nacional y de la fuerza pública."*

*Estas funciones en lo atinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogársela.* (Subrayado fuera del texto).

Con fundamento en la norma constitucional transcrita, el régimen salarial y prestacional de los empleados oficiales del orden territorial, es el señalado por la Ley, dejando por tanto, en manos exclusivamente del Congreso de la República esta facultad, y proscrito cualquier régimen señalado por los Concejos Municipales o las Asambleas Departamentales. Por su parte, la Constitución Política de 1.991, en su artículo 150 numeral 19 dio al Gobierno Nacional la potestad de definir el régimen prestacional de los empleados públicos, de los

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección B- sentencia dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2.010); Consejero Ponente: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, Radicación: No. 150012331000200300468 01, Expediente: No. 2496-2007, Actora: ANA CELMIRA HERNANDEZ BERNAL

miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, con sujeción a los objetivos y criterios generales que fije el Congreso de la República mediante una ley general.

Por consiguiente, el Congreso de la República, estableció el marco general mediante la Ley 4° de 1.992, quedando el gobierno facultado para fijar mediante decreto, el régimen prestacional, entre otros, de los empleados de las entidades territoriales, tal como lo prevé el artículo 12 de la norma en cita, cuyo contenido literal se transcribe:

*"Artículo 12.- El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.*

*En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad."*

El Decreto 34 de fecha 7 de Enero de 1.993, por su parte, fija el régimen salarial y prestacional del Magisterio, y en los artículos 30 y 34 dispone:

*"Artículo 30.- El régimen de asignaciones señalado en el presente decreto no podrá ser incrementado en ningún caso por autoridades u organismos departamentales, municipales y del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, ni por las Juntas Administradoras de Fondos Educativos Regionales."*

*"Artículo 34.- 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 4° de 1.992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos."*

De lo anterior se concluye, que ninguna autoridad del orden territorial está facultada para señalar el régimen salarial y prestacional de sus servidores.

**d.) De la inconstitucionalidad sobreviniente.-**

El artículo 9 de la Ley 153 de 1887, señala:

*"La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente"*.

Por su parte el artículo 4 de la Constitución Política vigente dispone:

*"En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales."*

De las reglas de interpretación constitucional fluye con claridad que la incompatibilidad entre la Constitución y cualquier norma jurídica produce como consecuencia la inconstitucionalidad y por ende su inaplicabilidad en un caso concreto.

Concretamente sobre la figura de inconstitucionalidad sobreviviente, la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-155 de 1999, expone:

*“Las normas jurídicas preconstitucionales mantienen su vigencia bajo la nueva Constitución, salvo que resulten notoriamente contrarias a sus principios, circunstancia que implica que ellas desaparezcan del universo jurídico. Cabe preguntarse si este tipo de derogación es de los que la doctrina califica de “tácita o sobreentendida”, a lo cual habrá de responderse que en efecto lo es. Por lo cual la norma manifiestamente contraria a la Constitución debe entenderse derogada, sin necesidad de pronunciamiento alguno sobre su retiro del ordenamiento, ni sobre su inconstitucionalidad. La derogación tácita por inconstitucionalidad sobreviniente, es, además, un principio de interpretación legal avalado por la centenaria norma contenida en el artículo 9º de la Ley 153 de 1887. No obstante, la Corte resalta que la contradicción determinante de la derogatoria tácita por inconstitucionalidad sobreviniente, debe ser una manifiesta incompatibilidad entre el contenido material o el espíritu de la nueva norma superior y la antigua norma de menor rango.”*

El Consejo de Estado en reciente pronunciamiento<sup>3</sup> sobre los efectos del tránsito de la legislación constitucional, y la inconstitucionalidad sobreviviente, señala:

*“(…) la jurisprudencia nacional ha señalado que la vigencia de la Constitución de 1991 no implicó la derogatoria tácita y en bloque de las normas constitucionales de 1886, en la medida en que tal derogatoria sólo opera cuando la ley o norma no consulta el espíritu de las nuevas disposiciones, evento en el cual estamos en presencia de una inconstitucionalidad sobreviniente, pues una norma que en su momento era constitucional se torna en inconstitucional en virtud de que contradice abierta y materialmente las normas del nuevo estatuto fundamental.*

*Esta figura, la de la inconstitucionalidad sobreviniente, es un claro desarrollo del artículo 9º de la Ley 153 de 1887 que establece que la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente y toda disposición legal anterior a ella que sea claramente contraria a su letra ó a su espíritu se desechará como insubsistente.*

*Así mismo, acorde con la regla de aplicación inmediata del texto constitucional se entiende que la Constitución del 1991 se aplica con efecto inmediato y hacia el futuro, no solo a los hechos que tengan ocurrencia desde el momento de su promulgación, sino también a las situaciones jurídicas que estuvieren en tránsito de ejecución y que no se hubieren consolidado o concretado bajo la vigencia de la Constitución anterior, como ocurre en este evento en el que el derecho no se encontraba consolidado<sup>4[3]</sup>.*

*Finalmente, como lo ha señalado nuestro máximo tribunal contencioso<sup>5[4]</sup>, el Estado no está obligado a mantener un régimen benéfico de forma permanente porque las instituciones y sus regulaciones deben adecuarse al orden social, cultural y económico que gobierna el momento, de manera que una prestación social no puede permanecer perenne y sólo ser modificada en lo favorable. Si bien deben respetarse los salarios y prestaciones que perciban quienes están vinculados al momento de la expedición del nuevo régimen, ello se hará, siempre y cuando*

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección B- sentencia dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2.010); Consejero Ponente: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, Radicación: No. 150012331000200300468 01, Expediente: No. 2496-2007, Actora: ANA CELMIRA HERNANDEZ BERNAL

<sup>4[3]</sup> En el mismo sentido se pueden consultar los fallos del 20 de agosto de 2009, 2 de octubre de 2008 y 3 de abril de 2008 proferidos por esta Sala dentro de los radicados internos Nos. 1024-08, 2487-07 y 9110-2005 con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

<sup>5[4]</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 14 de marzo de 2002, actor Jairo Villegas Arbeláez, Consejero Ponente Dr. Jesús María Lemus Bustamante, expediente No. 1100103250199 00 (3305-00).

*estén amparados por la Constitución y la ley, o, siempre y cuando los derechos se encuentren consolidados para la entrada en vigencia del nuevo régimen."*

En consecuencia si tanto el Acto Legislativo N° 01 de 1968 como la Constitución de 1991 y la Ley 4ª de 1992 radicaron en cabeza del Congreso de la República la regulación del tema de los salarios y prestaciones sociales de los servidores públicos, el sobresueldo del 20% dejó de tener efectos. En primer lugar, la Ordenanza 023 de 1.959 que en un comienzo se encontraba conforme al régimen constitucional vigente, con la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo de 1.968, ratificado con la Constitución de 1.991, contradice abierta y materialmente las normas del nuevo estatuto fundamental, por lo que conforme al artículo 9º de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4º de la Constitución Política de 1.991, se configura la inconstitucionalidad sobreviviente por lo que se torna en insubsistente.

Ahora bien con relación a la Ordenanza 048 de 1.995, al ser expedida en vigencia de la Constitución Política de 1.991, resulta a todas luces inconstitucional, pues como está dicho por mandato de la norma fundamental sólo es competencia del Congreso la regulación del régimen salarial y prestacional de los empleados del sector público<sup>6</sup>, quedando proscrito a los entes territoriales tal facultad por prohibición expresa de la norma constitucional, la Ley 4º de 1.992 y los Decretos Nacionales reseñados anteriormente. Así las cosas la inconstitucionalidad gravitó todo el tiempo sobre dicho acto, razón por la cual durante su vigencia su legalidad estuvo afectada.

Sobre la aplicabilidad de la Ordenanza 023 de 1959 a los docentes adscritos al Departamento de Boyacá, en lo atinente al sobresueldo del 20%, el Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "A" en sentencia de fecha 10 de Julio de 2.008<sup>7</sup>, ha emitido pronunciamiento en diferente sentido accediendo a las pretensiones con fundamento en que dicho acto administrativo aún se encuentra vigente, apartándose de la línea que venía adoptando la Alta Corporación. No obstante lo anterior el Consejo de Estado Subsección "B" en decisiones posteriores a la anterior, ha ratificado los argumentos que venía aplicando<sup>8</sup> citados en el presente fallo, razón por la cual se conserva el criterio aplicado en casos análogos y que se aviene a la línea que venía adoptando la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Constitución Política de 1.991. Artículo 150, numeral 19 literal e.

<sup>7</sup> Radicación No.: 15001-23-31-000-2002-02573-01(2481-07).

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección B - sentencia (20) de agosto de dos mil nueve (2009). Consejero ponente: Dra. BERTHA LUCIA RAMIREZ PAEZ Radicación No.150012331000200403046 01 (1024-2008) Actor: BLANCA CECILIA LEAL BERNAL; expuso:

*"En caso similar al que se analiza, con ponencia de quien hoy redacta la presente providencia<sup>8</sup>, esta Sala precisó que las Corporaciones Públicas de elección popular carecen de competencia para expedir actos administrativos creadores de factores salariales y prestacionales de los empleados públicos, porque esa es una atribución exclusiva del Congreso de la República y del Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias, toda vez que así lo disponía expresamente el artículo 76 de la Constitución Política de 1886 y lo señala el 150, numeral 19, literal e), de la Carta Fundamental de 1991 que hoy nos rige, al igual que el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992.*

*(...) El texto, claro por demás, de las normas transcritas, respalda el argumento referido a la falta de competencia de las Asambleas Departamentales para regular aspectos salariales y prestacionales de los empleados públicos y evidentemente las normas con las cuales la demandante pretende el pago del sobresueldo que reclama, si estuvieran vigentes, que no lo están, serían inaplicables porque contrarían la Constitución Política y la ley y una decisión accediendo a su petición resultaría tan contraria a esas normatividades, como son contrarias las normas departamentales que invoca."*

En el mismo sentido ver sentencias:

- Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección B - sentencia (21) de agosto de dos mil nueve (2009). Consejero ponente: Dra. BERTHA LUCIA RAMIREZ PAEZ Radicación No. 150012331000200202268 01 (0318-2008) Actor: MARINA PEDRAZA CANARIA.

- Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección B - sentencia (18) de febrero de dos mil diez (2010). Consejero ponente: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE Radicación No. 150012331000200300468 01 (2496-2007) Actor: ANA CELMIRA HERNANDEZBERNAL.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencias: 7 de febrero de 2.002, Consejero Ponente: ANA MARGARITA OLAYA

#### 4.- Caso Concreto.-

Al plenario se allegan lo siguientes medios de prueba:

- Acto administrativo demandado oficio 1.2.1.38 de fecha 20 de Enero de 2012, (fls. 18 y 19).
- Copia simple de la Ordenanza N° 23 de 1959, (fls 20 a 25).
- Copia simple de la Ordenanza N° 48 de 1995, (fls 26 a 28).
- Certificado de salarios y devengados de la demandante (fls 35 a 45).
- Certificado de Tiempo de Servicios de la actora (Fls. 46 a 48/ 95 a 97)
- Copia Auténtica del Decreto N° 000849 de fecha 07 de Junio de 1988, por el cual se hace un nombramiento en propiedad en educación primaria (fl 98 a 99).
- Copia auténtica del Decreto 0161 de 16 de febrero de 2004 (Fl. 100 a 102)

La docente GLORIA WALDINA MORALES RAMIREZ, mediante petición solicita al Departamento de Boyacá, el reconocimiento, liquidación y pago del sobresueldo consistente en un veinte por ciento (20%) sobre la asignación básica mensual por haber laborado 20 años de servicio y no haber cumplido la edad para obtener la Pensión de Jubilación. Reconocimiento que es negado por la entidad demandada mediante oficio 1.2.1.38 de fecha 20 de Enero de 2012 (fl 18 a 19), argumentando que no es posible efectuar reconocimientos cuya base sean normas que no existen en el mundo jurídico y mucho menos en los casos en que el derecho ni siquiera fue adquirido.

La actora invoca como fundamento de su pretensión la Ordenanza No. 023 de 9 de Diciembre de 1959 expedida por la Asamblea del Departamento de Boyacá, norma que hace alusión y fue desarrollada posteriormente por los siguientes actos administrativos, la Ordenanza 048 de Diciembre 15 de 1995, expedida por la Asamblea Departamental, Decreto No. 000250 de Marzo 15 de 1996 subrogado por el Decreto No. 00463 del 6 de Mayo de 1.996, expedido por el Gobernador del Departamento de Boyacá, tal como quedó expuesto en el marco jurídico de ésta providencia.

Por consiguiente, la pretensión del demandante no puede ser juzgada a la luz de las normas departamentales invocadas, pues tales preceptos son inconstitucionales y por tal virtud no pueden constituirse en amparo de derecho alguno, lo que impone su inaplicación; la inconstitucionalidad sobre tales preceptos departamentales gravitó sobre ellas, razón por la cual su legalidad estuvo afectada, como quedó en parágrafos anteriores.

Respecto a la figura jurídica procesal de la inaplicación de una norma por inconstitucionalidad el Consejo de Estado en sentencia proferida por la Sección Primera, Expediente 2943, Magistrado Ponente: ERNESTO RAFAEL ARIZA, señala:

*“La Sala ha venido sosteniendo reiteradamente que los actos administrativos solamente pueden ser enjuiciados frente a normas superiores de derecho vigentes y preexistentes al momento de su expedición.*

(...)

*No obstante lo anterior, considera que el artículo 4° de la Constitución Política es claro al señalar que “en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales.”*

*Con igual perspectiva jurídica la Ley 153 de 1.887 prescribe que “la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente”. (Art. 9°)*

*(...)*

*De las reglas de hermenéutica antes reseñadas fluye con meridiana claridad que la incompatibilidad entre la Constitución y cualquier norma jurídica produce como consecuencia la inaplicabilidad de esta última en un caso concreto.”*

Así las cosas, fluye con claridad que en un caso concreto como el que se ocupa el Despacho, las normas que desarrollan el derecho pretendido, estudiadas en el marco normativo de éste proveído, resultan incompatibles con la Constitución Política, por lo que no queda camino distinto al juzgador que inaplicarlas.

Ahora bien, teniendo en cuenta el tránsito constitucional y en esa medida el fenómeno jurídico de la inconstitucionalidad sobreviviente de la Ordenanza 023 de 1959, con la Reforma introducida con el Acto Legislativo 01 de 1968, ratificada por la constitución Política de 1.991, de paso queda establecido que no se demostró que durante el tiempo que estuvo en vigencia, se hubiese consolidado en su favor el derecho a percibir el 20% del sobresueldo que reclama; pues tal como obra a folio 95 a 97 del Expediente, su vinculación como docente data del 08 de Julio 1.988, es decir que los 20 años de servicios se cumplieron el 08 de Julio de 2.008, cuando el precepto que lo creó contraría abiertamente el querer del constituyente.

En este orden de ideas, al haber ocurrido el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviviente sobre el artículo 20 de la Ordenanza 023 de 1959, acto administrativo en que se funda el actor para reclamar su derecho, se concluye que no es viable jurídicamente acceder a las pretensiones de la demanda.

#### **5.- Costas**

De conformidad con el artículo 171 del C.C.A., no se condenará en costas a la parte demandante, puesto que no se observa temeridad de su parte al incoar la acción.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Juez Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **FALLA:**

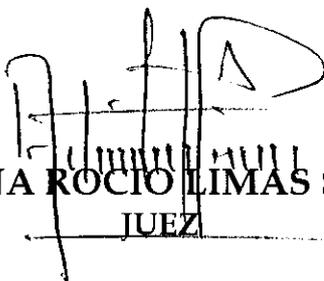
**PRIMERO: APLICAR LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD** respecto del artículo 20 de la Ordenanza 023 de 1.959 y la Ordenanza 048 de 1.995, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DENEGAR** las pretensiones formuladas por GLORIA WALDINA MORALES RAMIREZ en este proceso.

**TERCERO:** Por secretaria del despacho hágase la respectiva liquidación del remanente a la parte demandante si a ello hay lugar, de conformidad con el numeral 4 del Artículo 207 del C.C.A.

**CUARTO:** Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría archívese el expediente con las anotaciones de rigor.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
ADRIANA ROCIO LIMAS SUAREZ  
JUEZ

ERRP

---