

Retherrin
Analizar cada caso
y emitir
solo por cada
de acción
155
4 JUL. 2008
La fecha
de llegada
14-07-08



GER. CONCEPTO 110.047.2008.
MEMORANDO INTERNO

AUDITORIA GENERAL
Gerencia Seccional I

PARA: Doctora, ANA CRISTINA SIERRA DE LOMBANA.
Auditora General de la República.

DE: NORA HELENA CORREA LONDOÑO.
Gerente Seccional I.

ASUNTO: Pago de primas en exceso de lo ordenado en las normas nacionales.

Respetada Doctora,

En atención a los resultados de los ejercicios auditores realizados a las contralorías que están bajo la jurisdicción de esta gerencia seccional, me permito informarle que se ha evidenciado las siguientes situaciones relacionadas con el régimen prestacional, las cuales consideramos deben ser objeto de interponer las respectivas acciones que sean propias y acordes para que una instancia judicial se pronuncie sobre la nulidad o no de los actos administrativos, con los cuales se están reconociendo prestaciones por encima de lo ordenado en las normas nacionales.

En ese sentido es preciso ponerle en conocimiento de lo siguiente:

1. Las contralorías de **San Andrés, Córdoba y Montería**, están reconociendo y pagando a los funcionarios por concepto de prima de servicios lo correspondiente a 30 días de salario, contraviniendo el Decreto 1042 de 1978, que en su artículo 58 dispone que esa prima es equivalente a 15 días de remuneración.

En el caso de la Contraloría de **Córdoba**, la base legal por la cual están reconociendo la prima es la Ordenanza No. 08 de julio de 2001 que en su artículo 31 ordena el pago de un mes de sueldo. La acción a interponer es una acción pública de nulidad contra este acto administrativo.

En el caso de la Contraloría de **Montería**, el pago de la prima lo están sustentando en el Acuerdo Sindical No. 002 del 3 de diciembre de 1997, que en la cláusula décima tercera literal A, dispone del pago de 30 días de salario. Consideramos que por ser un Acuerdo Sindical la acción propia sería una Acción Popular y no demanda de nulidad por cuanto es un acuerdo sindical en donde no estamos legitimados en la causa por activa para demandarlo.

En el caso de **San Andrés**, el pago lo sustentan mediante Resolución No.135 de mayo 30 de 2007 expedida por el Contralor, sobre lo cual se informó a la Entidad que estaba reconociendo y pagando la prima por encima de lo legal, además que sin ningún soporte legal por cuanto la competencia corresponde al Congreso fijar el régimen salarial y más aún el Departamento de San Andrés reconoce y paga la

19-07-08

Recibí:
Concepto
14-07-08
19/07/08
Aren 10118

prima equivalente a 15 días, lo anterior generó el traslado de hallazgo fiscal el cual fue remitido a la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva por tener la competencia en primera instancia de conocer de estos procesos según Resolución Orgánica No. 003 del 12 de mayo de 2008. También se dio traslado de hallazgo disciplinario.

- 2. La Contraloría de Envigado, reconoce y paga bonificación por servicios prestados equivalente a 30 días de la asignación básica, soportado en el Decreto No. 708 de noviembre de 2005, expedido por el Alcalde Municipal, dicha bonificación esta por encima de lo ordenado en el Decreto 1042 de 1978. La acción a interponer es demanda de nulidad.
- 3. La Contraloría de San Andrés, reconoce y paga prima de antigüedad, soportada en la Ordenanza No. 012 de marzo 9 de 1995, esta prima no esta contemplada dentro de las prestaciones a los servidores públicos del nivel territorial. La acción a interponer es demanda de nulidad.

Dado lo anterior, pongo a su consideración y al de la oficina jurídica, la viabilidad de iniciar estas acciones y si es propio nos señalen las directrices e instrucciones del caso para proceder con el trámite.

Cordial saludo,


NORA HELENA CORREA LONDOÑO
 Gerente Seccional I.

- C.C. Dra. Dayra Enna Concición Perico ✓
 Directora Oficina Jurídica
- Dr. Fabrin Vasquez Mendieta
 Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal

13 AGO 2008

144

Devolver Copia Firmada



Radicado No: 20081100035683

Fecha: 13-08-2008

MEMORANDO INTERNO

Bogotá D. C.,

110.047.2008

PARA: Nora Elena Correa Londoño, Gerente Seccional I
DE: Dayra Enna Concicion Perico, Directora Oficina Jurídica
REFERENCIA: Rad. 2008-213-002890-3
Procedencia de acciones ante la jurisdicción contenciosa por pago de primas en exceso

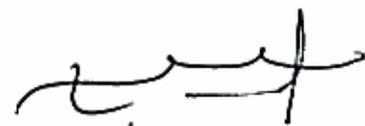
Respetada Doctora Correa:

Esta Oficina recibió su consulta donde plantea que durante el ejercicio auditor se evidenciaron situaciones relacionadas con el régimen prestacional las cuales considera que deben ser objeto de acciones ante lo Contencioso para decidir sobre su legalidad y solicita a la Oficina Jurídica se pronuncie sobre la viabilidad de estas acciones y si es del caso se señalen instrucciones para proceder:

En la consulta se hace referencia a las diferentes situaciones encontradas en las Contralorías:

1. Contralorías de San Andres, Córdoba y Montería, están reconociendo y pagando a los funcionarios por concepto de prima de servicios lo correspondiente a 30 días de salario, contraviniendo el Decreto 1042 de 1978, que en su artículo 58 dispone que esa prima es equivalente a 15 días de remuneración.

La Contraloría de Córdoba, la base legal por la cual esta reconociendo esta prima es una ordenanza y la acción sugerida a interponer es la acción de nulidad


14-08-08

La Contraloría de Montería el pago esta sustentado en un Acuerdo Sindical la acción sugerida es la acción popular.

La Contraloría de San Andrés sustenta el pago en una Resolución expedida por el Contralor.

- 2 La Contraloría de Envigado, reconoce y paga la bonificación por servicios prestados equivalente a 30 días de la asignación básica, soportado en el Decreto N° 708 de 2005, expedido por el Alcalde Municipal. La acción sugerida es la acción de nulidad.
- 3 La Contraloría de San Andrés reconoce y paga prima de antigüedad, soportada en la Ordenanza N° 012 de 1995. La acción sugerida es la acción de nulidad.

En general respecto de los casos planteados es necesario hacer las siguientes precisiones:

Es importante determinar si los conceptos de prima de servicio, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad hacen parte del régimen salarial o prestacional de dichos empleados. Para este efecto se cita lo expresado por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, sobre lo que se considera como remuneración y lo considerado como prestación social

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 26 de marzo de 1992 menciona:

“Remuneración: Es todo lo devengado por el empleado o trabajador, como consecuencia directa o indirecta de su relación laboral. Comprende en consecuencia, los sueldos, primas, bonificaciones y demás reconocimientos que se hagan directa o indirectamente por causa o razón del trabajo o empleo, sin ninguna excepción”. Es equivalente al salario, pero esta denominación de ordinario se reserva a la retribución que perciben las personas vinculadas por contrato de trabajo.”

“Prestación Social: Es lo que debe el patrono al trabajador en dinero, especie, servicios y otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas o en pactos colectivos, o en el contrato de trabajo, o establecidas en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono, para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación del trabajo o con motivo de la misma”

La Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1995 indico acerca del salario lo siguiente:

146

"Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales."

La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de Julio 18 de 1985, precisó lo siguiente respecto de la diferencia que existe entre los conceptos de prestación social y de salario:

"Prestación social es lo que debe el patrono al trabajador en dinero, en especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la Ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas o en pactos colectivos, o en el contrato de trabajo, o establecidos en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono para cubrir los riesgos o necesidades que se originan durante la relación de trabajo; se diferencia del salario en que no es retributiva de los servicios prestados, y de las indemnizaciones laborales en que no repara perjuicios causados por el patrono. En ocasiones la Ley califica de prestación social lo que no lo es por naturaleza, y no lo hace de lo que sí la tiene, dándole en este último caso una denominación diferente". (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de Julio 18 de 1985).

De acuerdo con lo anterior y tomando como parámetro lo establecido en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 que es de aplicación nacional se puede colegir que la prima de servicios, la bonificación por servicios prestados y la prima de antigüedad hacen parte del régimen salarial puesto que son elementos integrantes de la remuneración.

Hecha la aclaración anterior es necesario revisar la competencia que se tiene para fijar el régimen salarial de los empleados públicos del nivel territorial:

La Constitución Política como norma de normas señala:

ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

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

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;

Así mismo la Constitución Política en el artículo 300 numeral 7 establece que le corresponde a las asambleas departamentales a través de ordenanza determinar las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo, en los mismos términos estipula en el artículo 313 que los concejos municipales determinaran las escalas de remuneración.

De igual forma la Ley 4 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." Indica:

"ARTÍCULO 12. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> 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.

PARÁGRAFO. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional.

Lo anterior para determinar porque el límite máximo que se debe respetar para las entidades territoriales, en estos casos es el señalado en el Decreto 1042 de 1978.

En sendos pronunciamientos efectuados por la H. Corte Constitucional sobre el contenido y aplicabilidad del artículo 150 numeral 19, literales e) y f) en reiteradas ocasiones ha estudiado el tema referido al ejercicio de la competencia para fijar el régimen salarial de los empleados públicos territoriales, a continuación se mencionan algunos de sus pronunciamientos así:

Sentencia C-623 de 2003

"4. Régimen salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales

La Corte Constitucional, se ha ocupado en varias oportunidades de fijar el correcto entendimiento que debe darse a los preceptos que sustentan el diseño que el Constituyente dio al régimen salarial de los empleados públicos.

Se ha explicado [5] que la expedición de dicho régimen, es competencia concurrente o compartida del Presidente de la República, quien lo fija de acuerdo con los objetivos y criterios señalados por el Congreso mediante leyes marco o cuadro, según lo dispone el literal e) del artículo 19 Superior, el cual establece que:

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

"19. Dictar las normas generales y señalar 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." (Resaltado fuera de texto).

Nótese que la función del Congreso se debe limitar a establecer un marco general, unos lineamientos que le circunscriban al Gobierno Nacional la forma como éste ha de desarrollar su actividad reguladora para los asuntos específicamente señalados por la propia Constitución. Así, las leyes marco o cuadro son empleadas por el Constituyente y el legislador con el fin de distribuir las competencias sobre determinadas materias para otorgar mayor solidez, legitimidad y planificación en las políticas sobre presupuesto, gasto público y distribución racional de la función pública.

El Congreso, en cumplimiento de ese mandato constitucional expidió la Ley 4ª de 1992, en la que estableció respecto de los empleados públicos de las entidades territoriales, que sería el Gobierno Nacional el encargado de señalar "el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencia con cargos similares en el orden nacional" (Parágrafo del artículo 4 ídem)

Esta norma fue declarada exequible de manera condicionada[6] por la Corte Constitucional, al considerar que esa atribución se ajustaba a los principios de economía, eficacia y eficiencia que rigen el gasto público y no desconocía la competencia que la Constitución expresamente otorgó a las autoridades de las entidades territoriales para fijar, de una parte, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos dentro de su jurisdicción (Arts. 300-7 y 313-6 C.P.) y, por otra, para determinar los emolumentos de los empleos de sus dependencias (Arts. 305-7 y 315-7 C.P.). También se consideró que dicho precepto legal tampoco cercenaba el principio de autonomía de que trata el artículo 287 de la Constitución.

Sobre este último aspecto, esta Corporación ha señalado que esa autonomía no puede ser absoluta, por cuanto por mandato del propio texto constitucional está circunscrita a los límites que para el efecto fije la Constitución y la ley, en este sentido la Corte ha afirmado: i) que los distintos órganos del poder público mantienen su poder vinculante en todo el territorio y ii) que corresponde al Congreso

de la República, dentro del marco de autonomía que la Constitución le reconoce a los entes territoriales, diseñar o delinear "el mapa competencial del poder público a nivel territorial" que permita el desarrollo de la capacidad de gestión de estos entes.[7]

La regla jurisprudencial que surge de la labor hermenéutica de la Corte en esta materia, se orienta a establecer 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 (Art. 287-1 C.P.), con el esquema del Estado colombiano definido como una República unitaria, para lograr que las atribuciones de los distintos órganos a nivel central y territorial no resulte anulada. En otros términos, que la forma como llegue a ejercer uno cualesquiera de estos órganos su función, no niegue o invalide la de los otros."[8]

Esto significa, que las funciones citadas de las corporaciones administrativas de elección popular y de los jefes máximos de la administración seccional y local se encuentran circunscritas no sólo por la ley marco o cuadro que sobre la materia expida el Congreso de la República, sino por las normas que, dentro de su competencia, dicte el Gobierno Nacional para el desarrollo de la mencionada ley.

No obstante, la competencia del Congreso y la correlativa del Gobierno, no puede en modo alguno suprimir o impedir el ejercicio de las facultades específicas que la Constitución ha concedido a las autoridades territoriales, puesto que en ese evento sí se vulneraría el texto constitucional.

Así lo ha sentado la jurisprudencia constitucional al precisar que estos preceptos "no admiten interpretaciones que hagan viable sostener, por ejemplo, que en tratándose del régimen salarial de empleados de los entes territoriales, la intervención del Gobierno Nacional no se requiere, por cuanto es al Congreso a quien le compete, junto con los órganos de cada ente territorial determinar éste."[12]

Conforme se indicó en la citada sentencia, esta Corporación disiente de dicha posición, "por cuanto no se ajusta a la naturaleza misma de la organización estatal diseñada por el Constituyente en esta materia.

La concurrencia de competencias entre Congreso y Gobierno para la fijación del régimen salarial de los empleados públicos, incluidos los del nivel territorial, no se puede negar bajo el argumento que son las autoridades territoriales las que deben asumir el papel del Gobierno Nacional, en aplicación de los principios de descentralización y autonomía de que trata la Constitución."[13]

Adviértase además que con las normas nacionales a las que se refiere la disposición

parcialmente demandada, ni el Congreso ni el Gobierno sustituyen a las autoridades territoriales en su tarea de establecer las correspondientes escalas salariales y concretar los emolumentos de sus empleos. Esto en la medida en que esos dos aspectos, si bien tienen relación con el tema salarial no hacen parte de la generalidad propia del "régimen".[14]

En este contexto el alcance de las funciones atribuidas por la Carta Política, a las Asambleas Departamentales por ejemplo, se mantienen intactas, por cuanto la expedición de las ordenanzas mediante las cuales se determinan las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo en el departamento, si bien deberá someterse al régimen salarial dispuesto en las normas nacionales, no por ello se anula. De la misma manera, deberán cumplir los Concejos Municipales con la competencia atribuida en el numeral 6 del artículo 313 Superior."

Sentencia C-510/99

"GOBIERNO NACIONAL-Competencia para determinar régimen salarial de empleados públicos de entidades territoriales

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

EMPLEADOS PUBLICOS TERRITORIALES-Competencia concurrente para determinar el salario

Existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, así: Primero, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero, las asambleas departamentales y concejos municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración 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

151

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. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Sentencia C-315/95

"EMPLEADOS PUBLICOS TERRITORIALES-Límite máximo salarial/SENTENCIA CONDICIONADA

Del artículo 150-19 de la C.P., se deduce que la función de dictar las normas generales sobre el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos puede ser delegado a las Corporaciones públicas territoriales, lo que no sería posible si en este asunto el Congreso careciera de competencia. Desde luego, la competencia del Congreso y la correlativa del Gobierno, no puede en modo alguno suprimir o viciar las facultades específicas que la Constitución ha concedido a las autoridades locales y que se recogen en las normas citadas. La determinación de un límite máximo salarial, de suyo general, si bien incide en el ejercicio de las facultades de las autoridades territoriales, no las cercena ni las torna inocuas. Ni el Congreso ni el Gobierno sustituyen a las autoridades territoriales en su tarea de establecer las correspondientes escalas salariales y concretar los emolumentos de sus empleados. Dentro del límite máximo, las autoridades locales ejercen libremente sus competencias."(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Por lo tanto, cuando se establecen a través de acto administrativo beneficios salariales desconociendo las competencias establecidas constitucionalmente y violando los topes máximos que señala el artículo 12 de la ley 4 de 1992 se vulnera el principio de legalidad quebrantando el ordenamiento superior que debió servir de fundamento.

En consecuencia cuando se vislumbra que determinado acto administrativo esta violando el ordenamiento jurídico se debe acudir ante la Jurisdicción Contenciosa para que se declare su nulidad por ser contrario a derecho, interponiendo una acción de nulidad, que tiene por finalidad el restablecimiento de la legalidad para asegurar la regularidad jurídica de la actividad administrativa del Estado.

Lo más importante cuando se pretende incoar una acción de nulidad es la sustentación del concepto de violación, es obligatorio precisar cada de una las normas violadas y el porque. Además existen en la ley unas causales taxativas para interponer la acción de nulidad consagradas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo¹, se debe

¹ ARTICULO 84. ACCION DE NULIDAD. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE. Subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

expresar con claridad cual o cuales son las que se alegan para que proceda la declaratoria de nulidad del acto.

De acuerdo con lo anterior se puede colegir, para los casos de las Contralorías de San Andrés, Córdoba y Envigado donde se sugiere por la Gerencia interponer acción de nulidad con el fin que se declare la ilegalidad de los actos administrativos en que se fundan los pagos excesivos, es correcto.

Sin embargo se recomienda antes de proceder a adelantar alguna acción ante la jurisdicción, ejercer una labor persuasiva ante el ente vigilado haciéndole conocer las irregularidades encontradas, pidiendo que se informe a la Gerencia cuales son las acciones correctivas a tomar sobre el tema, no si antes advertir que la Auditoria puede adelantar las respectivas acciones de nulidad en caso de que no se adopten las medidas necesarias para corregir la irregularidad.

De otra parte, es necesario analizar el caso de la Contraloría de Montería ya que sustenta el pago de la prima de servicios por encima de los límites legales en un acuerdo sindical.

Respecto de la fijación de beneficios salariales a través de acuerdo sindical para los empleados de las contralorías que son empleados públicos, en primer termino hay que mencionar que la Constitución Política en su artículo 55 garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales dejando a la ley la posibilidad de regular excepciones, una de estas excepciones es la que consagra el artículo 416 del C. S.T. donde los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, así mismo el artículo 414 numeral 4º indica las funciones de los sindicatos de empleados públicos, dentro de estas establece únicamente la posibilidad de presentar memoriales respetuosos, no tienen la posibilidad de generar conflictos colectivos para discutir a través de negociación colectiva beneficios salariales puesto que se trata de una relación legal y reglamentaria donde la fijación del régimen salarial por mandato constitucional (Art. 150 N° 19 literal e) le corresponde al Gobierno cumpliendo con los lineamientos dados por el Congreso de la República que debe: "Dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales ha de sujetarse el gobierno para los siguientes efectos:... e) fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos..." no siendo posible mediante acuerdo sindical regular aspectos salariales menos aún cuando se otorgan beneficios que exceden los límites legales señalados en el artículo 12 de la ley 4 de 1992

Al respecto el Consejo de Estado, Sección Segunda en Sentencia 2426 de 2002 con ponencia del Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda señaló:

"Convenciones con Sindicatos de Empleados Públicos. Están prohibidos. Pues no pueden celebrar convenciones colectivas. "Aunque durante el proceso no se ha puesto en duda que la demandante es una empleada pública, la Sala se refiere al

tema porque es el presupuesto vertebral para saber si a ella puede aplicársele lo que la demanda y las partes llaman "convenio" o "acta de convenio".

"El acta de convenio" que sirve de apoyo a la demanda tiene fecha 26 de marzo de 1992 y se "suscribió sobre las solicitudes respetuosas, presentadas por el Sindicato de Empleados Distritales de Bogotá, en representación de los empleados de la administración central distrital".

Las "solicitudes respetuosas" son una categoría jurídica del derecho colectivo laboral relacionada con la capacidad jurídica de los sindicatos de empleados públicos que la Ley diferencia de los pliegos de peticiones, que si pueden presentar los trabajadores oficiales y cuyo conflicto colectivo, necesariamente debe culminar con una Convención Colectiva, o la expedición de un fallo arbitral, a diferencia de los primeros a quienes la ley les impide su presentación o celebración de tales convenios.

(...)

Por consiguiente, el "acta de convenio" del 26 de marzo de 2002 en que se sustenta las pretensiones de la demanda, carece de toda eficacia jurídica para gobernar las condiciones de trabajo de los empleados públicos del distrito demandado, como la actora, por carecer el Sindicato de capacidad jurídica para celebrar convenios colectivos, aunque se les denomine "acta de convenio", "convenio" o de otra manera, razón por la cual no puede afirmarse validamente que la administración hubiere podido infringirla.

Va de suyo que para que un contrato o convención sea ley para quienes lo suscriben, se requiere que pueda existir en el mundo jurídico, lo cual no acontece con el "acta de convenio" o "convenio" que no es más que una "convención" "colectiva" suscrita sin que las partes lo pudieran hacer, como ya se vio".

Así mismo la Sala de Consulta de Servicio Civil del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el tema en concepto 1393 de 2002 indicando:

"ACTA CONVENIO - Inaplicación a empleado público del Distrito / QUINQUENIO - Acto convenio, improcedencia de reconocimiento a empleado público del Distrito / REVOCATORIA DIRECTA DE ACTA CONVENIO - Trámite

Las actas convenio suscritas durante los años 1976 a 1992 entre el Sindicato de empleados distritales de Bogotá y la administración pública distrital- cuya naturaleza resulta atípica, en cuanto no se tratan de actos administrativos en sentido estricto ni de convenciones colectivas -, por expresa prohibición legal, no son aplicables a los empleados públicos del distrito de ningún nivel - central o descentralizado -, en cuanto modifican sin competencia el régimen prestacional de los empleados públicos; sus normas resultan ineficaces en tanto hacen extensivos a estos beneficios reconocidos a los trabajadores oficiales, sin que la autoridad competente haya expedido el acto que corresponde, conforme a la Constitución y a la ley, que

154

materialice ese convenio, como se dejó establecido. La ley no está a merced de las partes y por tanto éstas no la pueden derogar. Así las cosas, no es viable que los referidos acuerdos produzcan validamente efectos jurídicos con relación a los servidores públicos que tienen una relación legal y reglamentaria con la administración

-, de lo cual se infiere que es improcedente que a ellos se les siga reconociendo y pagando los factores salariales y las prestaciones sociales allí creadas - o reguladas por fuera de los límites establecidos por el Congreso y el Gobierno Nacional -, tales como el quinquenio y el auxilio educativo. No obstante lo anterior, se advierte que las situaciones jurídicas laborales ya definidas - los reconocimientos ya efectuados - no pueden resultar afectados, como tampoco los derechos de los trabajadores oficiales, quienes cuentan con su régimen convencional."

De lo anterior se concluye que no es posible regular aspectos salariales de empleados públicos a través de acuerdos sindicales.

En este caso también se recomienda ejercer una labor persuasiva ante el ente vigilado, haciéndole conocer la irregularidad que se presenta con el acuerdo sindical, pidiendo que se aclare la situación y que informe a la Gerencia Seccional la acción correctiva a tomar sobre el tema, no sin antes advertir, que en caso de que no se presenten medidas correctivas se dará el respectivo traslado ante la autoridad competente para que conozca del asunto.

El presente concepto, al tenor del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, no compromete la responsabilidad de la Auditoría General de la República, ni es de obligatorio cumplimiento.

Cordialmente,


DAYRA ENNA CONCICION RERICO
Directora Oficina Jurídica

Proyectó :María Katherina Ramírez Navarrete,
Abogada Oficina Jurídica