

68



CJ-110-074-2008



Radicado No: 20081100052873

Fecha: 05-12-2008

PARA: Doctora Ana Cristina Sierra de Lombana, Auditora General.

DE: Directora Oficina Jurídica

Apreciada Doctora,

En relación con el pago de primas a servidores públicos del nivel territorial, sobre el cual han surgido tantas inquietudes, la Oficina Jurídica previo análisis de la normatividad y la jurisprudencia vigente emite el siguiente concepto.

En Colombia, tanto en la Carta Política de 1991 como en la anterior, el régimen prestacional y salarial de los servidores públicos del orden territorial, es el señalado por la Ley.

En efecto, la Constitución de 1886 y sus reformas, establecía, como competencia definitoria de la ley (en su sentido material, inclusive la habilitación al Presidente para legislar), lo siguiente:

Artículo 76.— Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: [...]

9. 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 prestaciones sociales. (Se resalta)

Diego
Diego 9/08

Amo
5.12.08
4:30 pm

Las atribuciones correlativas a esta función, en cabeza del Ejecutivo, no eran otras que la genérica de reglamentación de la ley (artículo 120 numeral 3°) y la creación, supresión y fusión de empleos que demande el servicio de las entidades estatales (ib., numeral 21).

Ahora bien, a diferencia de la Carta Política anterior, la Constitución de 1991 en el artículo 150 numeral 19 le dio 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, sujetándose, eso sí, a los objetivos y criterios generales que fije el Congreso de la República, al establecer:

Artículo 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. (Se resalta)

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 y fijar el límite máximo salarial de éstos, 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."

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

70

Como se observa, el legislador es el encargado de determinar las directrices, criterios y objetivos a los que debe sujetarse el gobierno para determinar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos; y éste a su vez, es quien debe fijar expresamente los límites máximos salariales y las prestaciones sociales de todos los empleados públicos, teniendo como referencia los lineamientos señalados por el Congreso en la ley que expida para la materia. (Ley 4 de 1992)

Así mismo debe observarse que, la Constitución atribuyó a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, la competencia para **fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos** (Artículos 300, numeral 7 y 313, numeral 6 de la Constitución); empero, debe entenderse que tal potestad no es de carácter absoluto, en la medida en que, debe ser ejercida dentro de los límites señalados por la ley y el gobierno nacional.

Sin embargo, como lo ha entendido el H. Consejo de Estado, esta atribución *"comprende únicamente la facultad de establecer en forma sucesiva, numérica, progresiva y sistemática tablas salariales por grados, en donde se consignan la asignación o remuneración básica mensual para el año respectivo, teniendo en cuenta la clasificación por niveles de los diferentes empleos - sobre la base además de que cada nivel tiene una nomenclatura específica de empleos y una escala de remuneración independiente-, no involucrándose dentro de tal concepto la potestad de crear factores salariales diferentes."*¹

De lo anterior se concluye que ni antes de la Constitución de 1991, ni a partir de su vigencia, las Corporaciones Públicas Territoriales están facultadas para señalar el régimen salarial ni prestacional de sus servidores.

Ahora bien, como es de todos conocido las asambleas y los concejos han venido estableciendo primas a los empleados del nivel territorial diferentes a las establecidas en la ley, primas que en unos casos son de carácter salarial y en otros prestacional, a pesar de ser incompetentes para señalar cualquiera de ellas, como quedó expuesto anteriormente.

¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 13 de diciembre de 2004, Consejero Ponente Dr. Flavio Augusto Rodríguez.

Como quiera que tanto las unas como los otros son corporaciones administrativas, sus decisiones son actos administrativos que gozan de presunción de legalidad, y son de obligatorio cumplimiento mientras no hayan sido declarado nulos por la Jurisdicción de lo Contencioso - Administrativa.

En virtud de lo anterior, para hacer cesar los efectos de las ordenanzas y acuerdos que crean primas de naturaleza salarial o prestacional para los servidores públicos del nivel territorial, debe demandarse su nulidad.

Respecto de las prestaciones sociales el gobierno mediante el decreto 1919 de 2002 estableció para los servidores públicos del nivel territorial las mismas prestaciones establecidas para los servidores públicos del nivel nacional², indicando que a partir de la su entrada en vigencia quedaban derogadas las disposiciones que le fueran contrarias. Es decir, que toda norma que estableciera prestaciones diferentes a las previstas para el nivel nacional quedaba derogada y solamente se reconocerían derechos adquiridos en los términos previstos en el artículo 5° del citado decreto, que a la letra dice:

ARTÍCULO 5o. Los derechos adquiridos, considerados como las situaciones jurídicas consolidadas a favor de los empleados públicos y trabajadores oficiales, que para efectos del presente decreto se entiendan como aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, no podrán ser afectados.

Así las cosas en relación con las ordenanzas y los acuerdos creando primas con carácter prestacional, anteriores a la expedición del decreto 1919 de 2002, se entiende que quedaron

² DECRETO 1919 DE 2002. Artículo 1o: A partir de la vigencia del presente decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles departamental, distrital y municipal, a las asambleas departamentales, a los concejos distritales y municipales, a las centralorías territoriales, a las personerías distritales y municipales, a las veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las juntas administrativas locales, de las instituciones de educación superior, de las instituciones de educación primaria, secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

derogados por disposición expresa del artículo 6° del citado decreto, razón por la cual perdieron su vigencia y en consecuencia no pueden producir efectos jurídicos. No obstante, si con posterioridad a su derogatoria, con fundamento en ellos continúan reconociéndose primas o bonificaciones, los actos que las reconozcan y paguen están viciados de nulidad y son demandables por fundarse en normas inexistentes.

En cuanto a si es procedente demandar la nulidad de los acuerdos y ordenanzas que establecían primas de naturaleza prestacional, con anterioridad al decreto 1919 de 2002, pese a estar derogados, esta Oficina lo considera procedente, aunque innecesario. Procedente puesto que, como ha sostenido la jurisprudencia, aunque los actos de contenido general hayan sido derogados, el juez debe pronunciarse sobre su legalidad o ilegalidad, pues sólo así se logra el propósito de mantener el orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad, la que se recobra no con la derogatoria de la norma, sino con el pronunciamiento definitivo del juez contencioso, ya que es éste el que declara su conformidad o no con la normatividad jurídica y es dicho pronunciamiento el que puede incidir sobre los efectos que produjo la norma mientras estuvo vigente.

Innecesario porque lo que se perseguiría con la acción de nulidad es que la decisión incida en los efectos que produjeron los actos administrativos durante su vigencia, pero si está claro que con posterioridad a la expedición del decreto 1919 no pueden producir efectos jurídicos y que los efectos que produjeron durante su vigencia quedan limitados a lo que el mismo decreto considera "derechos adquiridos", sería un desgaste innecesario adelantar un proceso administrativo. Por tanto lo que debe impugnarse son los actos administrativos que se sigan amparando en ellos, pues es claro que los reconocimientos y pagos efectuados con posterioridad son contrarios a la ley.

Para concluir, sobre si procede la acción fiscal por los pagos de primas, diferentes a las del orden nacional, efectuados por los contratadores con fundamento en acuerdos y ordenanzas vigentes, en

opinión de esta Oficina no procede por estar ajustados a una norma amparada por la presunción de legalidad. Lo pertinente en tales casos es procurar la declaratoria de nulidad del acto que da origen a dichos pagos, como se indicó anteriormente para que cesen sus efectos.

Sin otro particular, me suscribo

Cordialmente,


DAYRA ENNA CONCICION PERICO
Directora Oficina Jurídica



DESPACHO DEL AUDITOR GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20081000062221

Fecha: 10-12-2008

Bogotá
100

Señores:
CONSEJO NACIONAL DE CONTRALORES
Atte. Dra. Alma Carmenza Erazo Montenegro
Presidente

Apreciada doctora Alma Carmenza:

Para la Auditoría General de la República no es ajena la preocupación de que son objeto todos los contralores territoriales en relación con el pago de primas a servidores públicos del nivel territorial; por esta razón y con el ánimo de ofrecer una orientación sobre el asunto, después de un concienzudo análisis de la normatividad y la jurisprudencia vigente, se emite el siguiente concepto, el cual dirijo a usted para que por su conducto sea del conocimiento de la totalidad de los miembros del Consejo.

En Colombia, tanto en la Carta Política de 1991 como en la anterior, el régimen prestacional y salarial de los servidores públicos del orden territorial, es el señalado por la Ley.

En efecto, la Constitución de 1886 y sus reformas, establecía, como competencia definitoria de la ley (en su sentido material, inclusive la habilitación al Presidente para legislar), lo siguiente:

Artículo 76.— Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: [...]

9. 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 prestaciones sociales. (Se resalta)

Las atribuciones correlativas a esta función, en cabeza del Ejecutivo, no eran otras que la genérica de reglamentación de la ley (artículo 120 numeral 3º) y la creación, supresión y fusión de empleos que demande el servicio de las entidades estatales (*ib.*, numeral 21).

25

Ahora bien, a diferencia de la Carta Política anterior, la Constitución de 1991 en el artículo 150 numeral 19 le dio 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, sujetándose, eso sí, a los objetivos y criterios generales que fije el Congreso de la República, al establecer:

Artículo 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. (Se resalta)

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 y fijar el límite máximo salarial de éstos, al tenor del artículo 12 de la citada Ley, el cual reza:

"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.

Como se observa, el legislador es el encargado de determinar las directrices, criterios y objetivos a los que debe sujetarse el gobierno para determinar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos; y éste a su vez, es quien debe fijar expresamente los límites máximos salariales y las prestaciones sociales de todos los empleados públicos, teniendo como referencia los lineamientos señalados por el Congreso en la ley que expida para la materia. (Ley 4 de 1992)

Así mismo debe observarse que, la Constitución atribuyó a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, la competencia para **fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos** (Artículos 300, numeral 7 y 313, numeral 6 de la Constitución); empero, debe entenderse que tal potestad no es de carácter absoluto, en la medida en que, debe ser ejercida dentro de los límites señalados por la ley y por el gobierno nacional.

Sin embargo, como lo ha entendido el H. Consejo de Estado, esta atribución *"comprende únicamente la facultad de establecer en forma sucesiva, numérica, progresiva y sistemática tablas salariales por grados, en donde se consignan la asignación o remuneración básica mensual para el año respectivo, teniendo en cuenta la clasificación por niveles de los diferentes empleos - sobre la base además de que cada nivel tiene una nomenclatura específica de empleos y una escala de remuneración independiente-, no involucrándose dentro de tal concepto la potestad de crear factores salariales diferentes."*¹

De lo anterior se concluye que ni antes de la Constitución de 1991, ni a partir de su vigencia, las Corporaciones Públicas Territoriales están facultadas para señalar el régimen salarial ni prestacional de sus servidores.

Ahora bien, como es de todos conocido las asambleas y los concejos han venido estableciendo primas a los empleados del nivel territorial diferentes a las establecidas en la ley, primas que en unos casos son de carácter salarial y en otros prestacional, a pesar de carecer de competencia para señalar cualquiera de ellas, como quedó expuesto anteriormente.

No obstante, como quiera que tanto las unas como los otros son corporaciones administrativas, sus decisiones son actos administrativos que gozan de presunción de legalidad, y son de obligatorio cumplimiento mientras no hayan sido declarado nulos por la Jurisdicción de lo Contencioso – Administrativa.

En virtud de lo anterior, para hacer cesar los efectos de las ordenanzas y acuerdos que crean primas de naturaleza **salarial o prestacional** para los servidores públicos del nivel territorial, debe demandarse su nulidad.

Es importante resaltar que, respecto de las prestaciones sociales, el gobierno mediante el decreto 1919 de 2002 estableció para los servidores públicos del nivel territorial las mismas prestaciones establecidas para los servidores públicos del nivel nacional², indicando que a partir

¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 13 de diciembre de 2004, Consejero Ponente Dr. Flavio Augusto Rodríguez.

² DECRETO 1919 DE 2002. Artículo 1o. A partir de la vigencia del presente decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles departamental, distrital y municipal, a las asambleas departamentales, a los concejos distritales y municipales, a las contralorías territoriales, a las personerías distritales y municipales, a las veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las juntas administradoras locales, de las instituciones de educación superior, de las instituciones de educación primaria, secundaria y media vocacional, **gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.**

de la su entrada en vigencia quedaban derogadas las disposiciones que le fueran contrarias. Es decir, que toda norma que estableciera prestaciones diferentes a las previstas para el nivel nacional quedaba derogada y solamente se reconocerían derechos adquiridos en los términos previstos en el artículo 5° del citado decreto, que a la letra dice:

ARTÍCULO 5o. Los derechos adquiridos, considerados como las situaciones jurídicas consolidadas a favor de los empleados públicos y trabajadores oficiales, que para efectos del presente decreto se entienden como aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, no podrán ser afectados.

Así las cosas en relación con las ordenanzas y los acuerdos creando primas con carácter prestacional, anteriores a la expedición del decreto 1919 de 2002, se entiende que quedaron derogados por disposición expresa del artículo 6° del citado decreto, razón por la cual perdieron su vigencia y en consecuencia no pueden producir efectos jurídicos. No obstante, si con posterioridad a su derogatoria, con fundamento en ellos continúan reconociéndose a título de prestaciones primas o bonificaciones, los actos que las reconozcan y paguen están viciados de nulidad y son demandables por fundarse en normas inexistentes.

En cuanto a si es procedente demandar la nulidad de los acuerdos y ordenanzas que establecían primas de naturaleza prestacional, con anterioridad al decreto 1919 de 2002, pese a estar derogados, se considera procedente, aunque innecesario. Procedente puesto que como ha sostenido la jurisprudencia, aunque los actos de contenido general hayan sido derogados, el juez debe pronunciarse sobre su legalidad o ilegalidad, ya que sólo así se logra el propósito de mantener el orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad, la que se recobra no con la derogatoria de la norma, sino con el pronunciamiento definitivo del juez contencioso, ya que es éste el que declara su conformidad o no con la normalidad jurídica y es dicho pronunciamiento el que puede incidir sobre los efectos que produjo la norma mientras estuvo vigente.

Innecesario porque lo que se perseguiría con la acción de nulidad es que la decisión incida en los efectos que produjeron los actos administrativos durante su vigencia, pero si está claro que con posterioridad a la expedición del decreto 1919 no pueden producir efectos jurídicos y que los efectos que produjeron durante su vigencia quedan limitados a lo que el mismo decreto considera "derechos adquiridos", sería un desgaste innecesario adelantar un proceso administrativo. Por tanto lo que debe impugnarse son los actos administrativos que se sigan amparando en ellos, pues es claro que los reconocimientos y pagos efectuados con posterioridad son contrarios a la ley.

Para concluir, sobre si procede la acción fiscal por los pagos de primas, diferentes a las del orden nacional, efectuados por los contralores con fundamento en acuerdos y ordenanzas

78

vigentes, en opinión de este Despacho no procede por estar ajustados a una norma amparada por la presunción de legalidad. Lo pertinente en tales casos es procurar la declaratoria de nulidad del acto que da origen a dichos pagos, como se indicó anteriormente, para que cesen sus efectos.

Sin otro particular, me suscribo

Cordialmente,



ANA CRISTINA SIERRA DE LOMBANA

Auditora General de la República

C.C. Dr. Fabrin Vazquez Mendieta, Auditor Delegado

Dr. Milton Blanco Santamaria, Director de Responsabilidad Fiscal