



AUDITORÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA

GENERAL



Rad Salida No 2009-100-005009-1

Us Rad. JNRIVERA

Fecha 21/10/2009 13:49:50

Asunto : CIRCULAR EXTERNA No 05 Pago de primas y bonificaciones p

Destino : Auditor General de la Republica / Rem (OEM) Alma Carmenza Erazo Mont
www.auditoria.gov.co - Sistema de Gestión

Despacho del Auditor General de la República

CIRCULAR EXTERNA AG 005 DE 2009

110.073.2009

AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Bogotá 21 OCT 2009
100

PARA: SEÑORES CONTRALORES DEPARTAMENTALES, MUNICIPALES Y
DISTRITALES.

ASUNTO: Pago de primas y bonificaciones para los empleados públicos del
nivel territorial

Respetados Señores Contralores:

La Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República el pasado 28 de septiembre de 2009, emitió concepto sobre el asunto de la referencia, el cual este Despacho acoge en su integridad.

Es importante señalar que de las precisiones jurídicas realizadas en este concepto, se derivan algunas medidas que estimo pertinente llevar a cabo por parte de algunas Contralorías, en torno a irregularidades que se adviertan en el desconocimiento del ordenamiento jurídico nacional.

Así, en los eventos en que las Contralorías encuentren tales irregularidades en la expedición de actos administrativos de carácter regional, que quebranten el principio de legalidad, al crear factores salariales o exceder el monto máximo fijado por el Gobierno Nacional, es importante instar a las respectivas entidades para que adelanten las acciones legales correspondientes, o, preparar nosotros como órganos de control fiscal las demandas, en aras de proteger el patrimonio público.

Realizadas las precisiones jurídicas por parte de la Auditoría General de la República, en el mencionado concepto, actuar oportunamente por parte de los Contralores, es una gestión fiscal eficiente, económica y eficaz.

Cordialmente,


IVÁN DARIÓ GÓMEZ LEE
Auditor General de la República

Anexo: Copia del Concepto 110.073.2009 en 12 folios

¡Fortaleza del control fiscal!



Radicado No: 20091100045431

Fecha: 28-09-2009

Bogotá D. C.,

O.J.110.073.2009

Doctor
IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE
Auditor General de la República
Presente.-

Asunto: Pago de primas y bonificaciones para los empleados públicos del nivel territorial

Respetado Señor Auditor:

De manera atenta me permito emitir concepto jurídico sobre las medidas que deben adoptar las contralorías territoriales respecto de la procedencia del pago de las primas y bonificaciones para empleados públicos del nivel territorial, previo estudio normativo y jurisprudencial realizado por esta Oficina, así:

I. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE DEFINEN LA COMPETENCIA PARA FIJAR EL REGIMEN SALARIAL DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS DEL ORDEN TERRITORIAL.

1. Antecedentes

Para hacer el análisis de los antecedentes legislativos, y teniendo en cuenta que el tema ha sido ampliamente abordado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, tomaremos como punto de partida los conceptos 1518 de 2003 y 1518A de 2004, proferidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil, que recogen los citados pronunciamientos:

"Según el texto original del artículo 62 de la Constitución de 1886, la ley determinaba las condiciones de jubilación y el Congreso de la República creaba todos los empleos y fijaba sus respectivas dotaciones (artículo 76.7). Con el Acto Legislativo No. 3 de 1910, se facultó a las Asambleas para fijar el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos (art. 54.5). El artículo 22 de la ley 6ª de 1945 facultó al gobierno para señalar por decreto las prestaciones a pagar a los empleados territoriales. No existía norma, como tampoco ahora, que facultara a las entidades territoriales para establecer prestaciones sociales.

A partir del acto legislativo No. 1 de 1968, el Congreso determinaba las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales (art.11). Sin embargo, se contempló la posibilidad de revestir "pro tempore" al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para regular la materia (artículo 76.12). En todo caso, es claro que para esa época el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los niveles - nacional, seccional o local - tenía única y exclusivamente carácter legal, no siendo viable su reconocimiento mediante actos jurídicos de distinto contenido - acuerdos, ordenanzas, actas convenio o convenciones colectivas.

El Acto Legislativo No. 1 de 1968, clarificó que las Asambleas establecían las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo (artículo 187 de la Constitución de 1886) y los gobernadores fijaban sus emolumentos (artículo 194-9 ibidem)

En efecto, según el numeral 5 del artículo 54 del Acto Legislativo No. 3 de 1910, las Asambleas Departamentales contaban con la siguiente facultad, en materia de régimen salarial de los empleados públicos de ese nivel:

"Artículo 54.- 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."

Atribución que se conservó en la reforma de 1945, en los siguientes términos:
"Acto legislativo No.1. Reformatorio de la Constitución Nacional (febrero de 1945):
Artículo 83.- El artículo 186 de la Constitución quedará así: Artículo 186.- Corresponde a las Asambleas: (...) 5) La fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos." (Subrayamos)

2.La Constitución Política de 1991

En vigencia de la Constitución Política de 1991, la competencia para fijar el régimen salarial de los empleados públicos territoriales se determina así:



De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 de la Constitución Política,

"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:

o) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública; (...)*(Negrilla y subrayado fuera de texto)*

Por su parte, el artículo 300 de la Carta, modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo No.1 de 1996 y el 313, a propósito de las competencias de las asambleas departamentales y de los concejos, señalan:

"ARTICULO 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:

*(...) 7. Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, **las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo;** crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta." (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

"ARTICULO 313. Corresponde a los concejos:

*(...) 6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; **las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos;** crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta." (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

"ARTICULO 305. Son atribuciones del gobernador:

*(...) 7. Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y **fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas.** Con cargo al tesoro departamental no podrá crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado." (Negrilla fuera de texto)*

"ARTICULO 315. Son atribuciones del alcalde:

(...) 7. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarlos

funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado.” (Negrilla fuera de texto)

3. La Ley 4 de 1992

De otra parte, 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.” establece:

“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. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De lo anterior se desprende que la competencia para fijar el régimen salarial de los empleados públicos territoriales es la siguiente:

a. De conformidad con la Constitución Política al Congreso de la República le corresponde establecer la ley marco a la cual debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar el régimen máximo salarial de los empleados públicos del orden territorial, entendida esta competencia como de creación de los factores salariales y definición de su monto máximo.

b. A las asambleas y concejos municipales y distritales les corresponde determinar las escalas salariales, entendidas como la descripción, nomenclatura y grado de los diferentes cargos de las entidades territoriales, adoptando para ello los factores

Handwritten mark

salariales dentro del límite máximo fijado por el gobierno nacional.

c. A su vez, a los gobernadores y alcaldes les corresponde señalar los emolumentos para todos los empleados públicos de su ente territorial, entendidos como la fijación de la asignación básica mensual y su incremento anual para cada uno de los cargos determinados en las escalas salariales, respetando el límite máximo fijado por el Gobierno Nacional para este factor salarial, función que, sin lugar a dudas, es diferente a la de crear factor salariales.

d. Es claro que el único que tiene competencia para crear los elementos de salario, tales como primas, para los empleados del orden territorial es el Gobierno Nacional en virtud del mandato legal que le confiere la ley 4 de 1992.

e. Se aprecia que a la fecha, el Gobierno no ha señalado cuales son los elementos que constituyen salario para empleados de este orden, excepto lo relacionado con la asignación básica mensual, viáticos y el auxilio de alimentación, que los fija anualmente.

II. LAS PRIMAS Y BONIFICACIONES COMO ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE SALARIO

Los elementos que constituyen salario, fueron definidos desde el Decreto 1160 de 1947, que en el parágrafo 1º en su artículo 6º, dispone que salario es:

" Todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título que implique directamente o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones..."

Así, la remuneración o el salario equivale a todo lo devengado por el empleado o trabajador como contraprestación directa o indirecta de su relación laboral, comprende en consecuencia, los sueldos, primas, bonificaciones y demás reconocimientos que se hagan por causa o razón del trabajo o empleo sin ninguna excepción.

Lo dispuesto en el Decreto 1160 de 1947, también lo contempla el Art. 127 del Código Sustantivo del Trabajo, que aunque sea aplicable para el régimen laboral individual de carácter privado, bien merece traerlo a colación, por cuanto señala qué ítems constituyen también factor salarial, cuando afirma:

5

A

" Todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo y horas de descanso obligatorio..."

El salario está constituido por todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación por su labor. En este sentido también se han dado diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que vale la pena traer a colación, Así:

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

"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" (Negrilla y subrayado fuera de texto).

De igual forma, el Consejo de Estado Sección Segunda, Exp. 0680 de 2008. En reciente sentencia, de 21 de mayo de 2009 mencionó:

"...salario, definido por la ley laboral colombiana, como la retribución al trabajador por su servicio, por ello, todo pago recibido del empleador que además de tener un propósito retributivo constituya un ingreso personal del trabajador y sea habitual, tiene naturaleza salarial."

Así mismo, la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1995 expresó:

"SALARIO: 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

vez

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"

En conclusión, las primas y bonificaciones que se pagan a los empleados públicos del nivel territorial independientemente de cómo las hayan concebido las entidades territoriales, -como salario o como prestación social-, constituyen salario, salvo aquellas que el Gobierno Nacional expresamente excluya como factor salarial; y es éste, reiteramos, quien en virtud de la Ley 4 de 1992 las fija e indica quienes son sus beneficiarios.

III. PRIMA DE SERVICIOS Y BONIFICACION POR SERVICIOS PRESTADOS

Estos emolumentos se encuentran señalados en el Decreto 1042 de 1978, que regula el régimen salarial para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del "Orden Nacional".

Como quiera que por parte del Gobierno no habido un señalamiento concreto sobre los elementos que constituyen salario para los empleados públicos del orden territorial debe analizarse si el Decreto 1042 de 1978 puede hacerse extensivo a ellos.

Se han presentado a simple vista dos posiciones del Consejo de Estado sobre el asunto. Una, en los pronunciamientos judiciales de la Sección Segunda y la otra, en los conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil.

La primera posición del Consejo de Estado en torno al tema, está orientada a proteger el derecho de igualdad para los trabajadores al señalar:

"La prima de servicios y la bonificación por servicios constituyen acreencias laborales que conforme a la normatividad prevista en el Decreto 1042 de 1978 sólo fueron establecidas para los empleados del orden nacional, sin incluirlas para los empleados públicos del orden territorial.



*Si bien es cierto las entidades territoriales no pueden arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos, pues esta es una función reservada al Gobierno Nacional, esta Corporación en aras de proteger el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la C.P., y con fundamento en el artículo 4º ibidem, ha inaplicado la expresión "del orden nacional" de las normas que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales, para reconocer a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional". **Por tanto, se plantea que el régimen salarial de los empleados del orden nacional será aplicable a los empleados del orden territorial.** (Negrilla y subrayado fuera de texto)¹*

En un pronunciamiento anterior la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia N° 15001-23-31-000-2000-02698-01 (7528-05) de 22 de noviembre de 2007, con ponencia del Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, expresó respecto de la prima de alimentación lo siguiente:

"Si bien es cierto que la prima de alimentación fue concebida para los empleados del orden nacional, también es verdad que no reconocer dicho beneficio a los empleados del orden territorio es desconocer el derecho a la igualdad, pues no existe razón alguna para establecer una distinción entre estas clases de servidores públicos, dado que sus regímenes salariales y prestacionales son de carácter ordinario, es decir, sin ningún tipo de beneficios especiales que justifiquen la diferenciación. Lo anterior cobra mayor sentido, cuando mediante el Decreto 1919 de 2002, el Gobierno Nacional previó equiparar el régimen prestacional de los servidores territoriales con el de los nacionales, es decir, quiso darles un mismo tratamiento prestacional, pues no existen razones de peso para hacer tal distinción."

La segunda, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en reciente Concepto No. 1956 de 10 de septiembre de 2009, que resolvió la consulta realizada por la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, sobre la aplicación extensiva de los elementos de salario contemplados en el Decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del nivel territorial; dicha consulta fue formulada ante las reiteradas solicitudes de las entidades públicas territoriales sobre la viabilidad de acoger los antecedentes jurisprudenciales que señalan la aplicación del principio de igualdad y la inaplicación de la expresión del "orden nacional" contenida en el citado decreto, en este concepto se expresó:

¹ Consejo de Estado Sección Segunda, sentencia con radicación N° 15001-23-31-00-2000-02698-01 (7528-05) de fecha (6) seis de agosto de 2008 con ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve, mencionó:

“...la incompatibilidad entre la norma jurídica inferior y las disposiciones constitucionales debe ser palmaria, evidente, protuberante, flagrante, ya que en caso contrario, es decir, si el precepto genera dudas o discusión, o supone un razonamiento plausible sobre su constitucionalidad, no hay mas remedio que aplicar la norma inferior, aunque se muestre contraria a los fundamentos del orden jurídico, a la espera de que el juez constitucional decida en los términos del artículo 241 de la C.P.”

Por otra parte, en un punto crucial para este concepto como son los efectos de la excepción de inconstitucionalidad la jurisprudencia consultada es reiterada en señalar que la norma inaplicada lo será sólo para el caso concreto y que la misma subsiste en el ordenamiento jurídico y no pierde su vigencia, por lo que seguirá teniendo aplicación general mientras no sea derogada por el órgano competente o declarada con efectos “erga omnes” su inexecutableidad.

Bajo estos parámetros, puede sostenerse que los pronunciamientos judiciales citados en la consulta en los que se consideró procedente la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4º de la Carta, no afectan la vigencia, ni la validez del decreto 1042 de 1978, lo cual significa que los efectos generales previstos en dicha norma siguen imperando hasta tanto no se produzca su derogación o la declaratoria de inexecutableidad con efectos “erga omnes” por parte del órgano competente.

Tampoco se puede afirmar que los efectos del decreto ley 1042 de 1978 deben extenderse a los empleados públicos territoriales, bajo el argumento de que de esta forma se garantiza el principio de igualdad entre los servidores públicos pues es menester considerar distintos aspectos del entorno a partir de los cuales surge la necesidad de respetar ciertas diferencias muchas de ellas originadas en mandatos legales que imponen restricciones y limitantes al gasto o en disposiciones que regulan de manera específica el ejercicio de las competencias públicas y el cumplimiento de los deberes de los mismos servidores públicos.”

De conformidad con lo expuesto por el H. Consejo de Estado en el citado concepto, es pertinente llamar la atención en el sentido de que la inaplicación de la expresión “del orden nacional” contenida en el Decreto 1042 de 1978, esgrimida en varias jurisprudencias de esa Corporación, para dar paso al derecho a la igualdad y extender la aplicación del mencionado decreto a los empleados del orden territorial, no es otra cosa que la utilización de la excepción de inconstitucionalidad frente a casos concretos, y que no puede tener efectos erga omnes. Por ello, mientras no se derogue o se declare inexecutable el mencionado Decreto, debe entenderse aplicable sólo para los empleados del orden nacional.

109

IV. PRIMAS EXTRALEGALES

Como se mencionó, la facultad otorgada a las Corporaciones Públicas Territoriales para fijar las escalas de remuneración no incluye la creación de factores salariales adicionales o distintos a los establecidos por las autoridades competentes de acuerdo con la Constitución Política.

En este sentido, no deben existir actos administrativos de carácter local por medio de los cuales las Asambleas o Concejos hayan creado factores salariales o prestaciones distintos a los establecidos por el Gobierno Nacional, que son las llamadas primas extralegales.

Hay que señalar que por regla general, los actos administrativos gozan de presunción de legalidad y no es necesario declarar su legitimidad, al contrario, para desvirtuar tal presunción, se requiere de una declaración judicial, que debe ser solicitada por los particulares o por la Administración.

En consecuencia, cuando se vislumbra que un acto administrativo vulnera el ordenamiento jurídico, como es el caso de aquellos de carácter local que crean emolumentos salariales o exceden el monto máximo permitido, es necesario acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para que se declare su nulidad por ser contrario a derecho.

Al respecto la H. Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 2000, al pronunciarse sobre la excepción de ilegalidad de los actos administrativos, hace énfasis en que ésta no es una potestad de las autoridades administrativas ni de los particulares; se requiere que el juez administrativo declare la ilegalidad del acto, y en consecuencia su nulidad, para que éste deje de producir sus efectos. Ello, en aras de garantizar la seguridad jurídica, la efectividad de los derechos de los ciudadanos y la posibilidad de alcanzar el bien común.²

2 "De todo lo anterior concluye la Corte que no hay en la Constitución un texto expreso que se refiera al ejercicio de la excepción de ilegalidad, ni a la posibilidad de que los particulares o la autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos, sino que la Carta puso en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los mismos, ilegalidad que debe ser decretada en los términos que indica el legislador. Así las cosas el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, debe ser interpretado de conformidad con las consideraciones precedentes, pues entenderlo en el sentido de conferir una facultad abierta para que autoridades y particulares se sustraigan al principio de obligatoriedad del ordenamiento jurídico, desconoce la Constitución.

Lo anterior, debe entenderse sin perjuicio de las responsabilidades que se deriven para las autoridades o funcionarios que emitieron los actos ilegales.

V. CONCLUSION

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se puede colegir que los empelados públicos del orden territorial no pueden percibir ningún emolumento de salario que no haya sido establecido por el Gobierno Nacional.

En consecuencia:

1. No puede hacerse extensivo el régimen salarial consagrado en el Decreto 1042 de 1978 hasta tanto no exista una disposición legal expresa en este sentido o una providencia judicial que así lo determine.
2. Frente a los actos administrativos de carácter local, que crean primas extralegales o hacen extensivas aquellas que son percibidas por empleados del orden nacional, excedan o no el monto máximo permitido, es procedente demandarlas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para que se declare su nulidad con el fin de hacer cesar sus

24. Finalmente, motivos que tocan con la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la vigencia y efectividad del orden jurídico, dan fundamento de razonabilidad adicional a la reserva hecha por el legislador respecto de posibilidad (sic) concedida a los particulares y a las autoridades administrativas de sustraerse a la fuerza obligatoria de los actos administrativos. Efectivamente, dejar al criterio de cualquier autoridad, o aun al de los particulares, la observancia de las disposiciones de las autoridades contenidas en los actos administrativos, propiciaría la anarquía en perjuicio de la efectividad de los derechos de los ciudadanos y dificultaría en alto grado la posibilidad de alcanzar el bien común. En cambio, dejar a la competencia de la jurisdicción contenciosa la definición sobre la legalidad de un acto en nada losiona los derechos de los administrados, pues cualquiera tiene abierta la posibilidad de demandar su nulidad y aún de pedir su suspensión provisional, la cual, cuando verdaderamente hay un manifiesto desconocimiento de las normas de superior jerarquía, se concede en un breve lapso que garantiza la vigencia del principio de legalidad.

De todo lo anterior, se concluye que la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma subexámene tal y como ha sido interpretado en la presente decisión, tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos. (subrayado fuera de texto).

efectos fiscales, o, que la jurisprudencia haga las precisiones del caso. Por ello, si una Contraloría Territorial constata la existencia de un acto administrativo de esta naturaleza, es pertinente adelantar las acciones legales para hacer cesar el daño, ya sea a través de la acción de lesividad cuando se trata de sus propios actos o la acción de nulidad contra los actos emitidos por otros entes.



MARIANA GUTIERREZ DUEÑAS
Directora Oficina Jurídica

Proyecto: María Katherina Ramirez Navarrete. - Abogada Oficina Jurídica