



Función Pública

Sentencia 2015-00627 de 2020 Consejo de Estado

COMPETENCIA PARA FIJAR EMOLUMENTOS DE CARÁCTER SALARIAL O PRESTACIONAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS / SALARIO / PRESTACIONES SOCIALES / BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS / MEDIDA CAUTELAR

[S]e observa que la creación de emolumentos con carácter salarial o prestacional, está contemplada desde el mismo modelo constitucional para ser provista de manera articulada y exclusiva entre el Legislador y el Gobierno Nacional, ello con el fin de que sean estas autoridades y no las del orden territorial, las que definan a partir de la propia concepción de la estructura funcional del Estado, qué elementos remunerarán el servicio y cuáles cubrirán las contingencias derivadas del ejercicio de un empleo público, sin que tal facultad pueda ser arrogada por entidades como asambleas departamentales o concejos municipales. [...] Sobre el punto se aclara que por salario se entiende todo pago o emolumento habitual continuo o permanente que tenga como fin retribuir directamente la prestación del servicio, esto es, remunerar al servidor público por el ejercicio de su labor y asegurar su liquidez y solvencia económica periódica en razón y con fundamento en una serie de criterios de fijación del monto a cancelar relacionados con el tipo de empleo, el nivel y el grado en la respectiva escala salarial, aspectos que previamente están fijados por el Congreso de la República, el Gobierno Nacional y las entidades territoriales en virtud de las reservas de competencia que le corresponden a cada uno de estos actores. Las prestaciones sociales por otro lado, constituyen los pagos realizados por la entidad empleadora de forma directa (comunes) o indirecta (especiales), a favor del servidor público vinculado, tendientes a garantizar las condiciones materiales para el ejercicio del empleo, a cubrir las contingencias derivadas de la labor desempeñada o a apoyar situaciones particulares de la relación entre la vida personal y laboral del trabajador; de manera que su reconocimiento no pretende ser una contraprestación del servicio sino de las condiciones factuales que lo rodean. [...] Bajo este contexto, al verificar la esencia de la bonificación por servicios prestados de que trata el Artículo 45 del Decreto 1042 de 1978, se observa que su fin es, tal como su nombre lo indica, retribuir la labor ejercida, por lo que ésta es catalogada como factor salarial al tenor del Artículo 42, literal g) de la norma *ejusdem*. [...] En conclusión: los postulados normativos aplicables al caso en confrontación directa con el acto administrativo acusado, puntualmente en lo que tiene que ver con la autoridad que lo profirió con el ánimo de instituir la bonificación por servicios prestados a favor de los empleados del Departamento de Nariño, permiten inferir con alto grado de probabilidad en este examen preliminar, que la mentada situación jurídica creada a través de aquella decisión, podría contravenir el ordenamiento jurídico superior y las reservas de competencia para la regulación del régimen salarial y prestacional de los funcionarios de una entidad territorial; aspectos que si bien deberán ser corroborados o desvirtuados al momento de dictar sentencia, permiten asumir una posición preventiva frente al litigio, basada en un resultado de contraste que hace viable suspender los efectos de la Ordenanza 13 del 5 de mayo de 2003.

FUENTE FORMAL: CP - ARTÍCULO 150 NUMERAL 19 LITERAL E / CP - ARTÍCULO 300 NUMERAL 7 / LEY 4 DE 1992 - ARTÍCULO 12 / DECRETO 1042 DE 1978 - ARTÍCULO 42 LITERAL G / CPACA - ARTÍCULO 231

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 52001-23-33-000-2015-00627-01(0656-16)

Actor: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO

Demandado: DEPARTAMENTO DE NARIÑO - ASAMBLEA DEPARTAMENTAL

Referencia: RESUELVE APELACIÓN CONTRA AUTO QUE DECRETÓ MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL RESPECTO DE LA ORDENANZA QUE FIJÓ LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS A FAVOR DE LOS EMPLEADOS DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO.

ASUNTO

El Consejo de Estado procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto del 8 de octubre de 2015, proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño, por medio del cual se decretó la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado.

ANTECEDENTES

Solicitud de la medida cautelar (Folios 7 a 11)

La entidad demandante solicitó el decreto de la suspensión provisional de los efectos inherentes a la Ordenanza 13 del 5 de mayo de 2003 expedida por la Asamblea Departamental de Nariño, mediante la cual se fijó la bonificación por servicios prestados a favor de los empleados públicos del ente territorial demandado.

Sustentó la cautela al aducir que luego de hacer un cotejo entre el acto administrativo demandado y las normas superiores como el literal e) del numeral 19 del Artículo 150 de la Constitución Política, el Artículo 12 de la Ley 4.ª de 1992, el Artículo 1.º del Decreto 1919 de 2002, y los Artículos 42 y 45 del Decreto 1042 de 1978, se observa que existe una clara violación de tales postulados, en tanto la Ordenanza 13 de 2003 creó una prestación social denominada bonificación por servicios prestados, cuando en realidad ésta constituye un elemento o factor de salario respecto del cual la demandada no es competente para determinarlo, a pesar de alegar que se trataba de la unificación de las prestaciones prevista en el referido Decreto 1919 de 2002.

Adujo además que la decisión administrativa reprochada desconoció el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia del 7 de febrero de 2013 dictada por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, por medio de la cual se precisó que la función de crear o fijar los emolumentos constitutivos de remuneración directa del servicio corresponde al Congreso de la República y al Gobierno Nacional, mientras que las autoridades territoriales como las corporaciones públicas y burgomaestres solo deben determinar las escalas salariales con base en el marco general que haya previsto el legislador o el ejecutivo central.

Sostuvo en conclusión que el acto administrativo demandado vulnera la normativa superior en la que debía fundarse, básicamente por la falta de competencia de la Asamblea Departamental de Nariño para crear, modificar o extinguir elementos con carácter salarial y mucho menos para convertir un factor de este tipo en una prestación social.

Del pronunciamiento sobre la solicitud de la medida cautelar (Folios 52 a 56)

El Departamento de Nariño se opuso al decreto de la medida cautelar solicitada, y para tal efecto señaló que la entidad demandante no acreditó al menos de manera sumaria los perjuicios causados con el acto cuestionado, tal como lo exige el Artículo 231 del CPACA, esto aunado al hecho de que no se observa una vulneración evidente al ordenamiento jurídico invocado en el libelo introductor.

Resaltó que la parte activa pretende invocar como normas transgredidas la Ley 4.ª de 1992, el Decreto 1919 de 2002 y el Decreto 1042 de 1978, sin embargo desconoce que el Consejo de Estado en sentencia del 6 de agosto de 2008 para el proceso con número interno 0507-2006, precisó sobre el punto lo siguiente: «[...] 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 4 ibídem, 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.».

Manifestó que en el año 2002, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1919 a través del cual fijó el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del nivel territorial, para lo cual contempló que tales servidores gozarían del mismo esquema de prestaciones sociales fijado para la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, el cual se encuentra consagrado precisamente en el Decreto 1042 de 1978, que en su Artículo 45 consagra la bonificación por servicios prestados.

Añadió que la Ordenanza 13 del 5 de mayo de 2003 solo hizo extensivo el factor salarial en comento a los empleados de la rama ejecutiva del nivel territorial en aplicación del Decreto 1919 de 2002, de manera que en sí mismo, este acto no crea dicho emolumento, sino que aplica lo preceptuado en la mentada normativa a través del análisis que le corresponde a las autoridades locales.

PROVIDENCIA IMPUGNADA (Folios 66 a 78)

El Tribunal Administrativo de Nariño a través de auto proferido el 8 de octubre de 2015, decretó la suspensión provisional de los efectos inherentes a la Ordenanza 13 del 5 de mayo de 2003 emanada de la Asamblea Departamental de dicho ente territorial, tal como fue solicitado por la parte demandante quien buscaba interrumpir el reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados fijada a favor de los empleados del Departamento.

Como sustento de su decisión, el *a-quo* inicialmente descartó la necesidad de demostrar sumariamente los perjuicios causados a la entidad demandante, habida cuenta de que el presente caso consiste en un medio de control de nulidad simple, en el que la pretensión está encaminada a la protección del ordenamiento jurídico, por lo que no se exige la acreditación del supuesto en mención como lo planteó la parte demandada.

Seguidamente aclaró que en relación con la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los entes territoriales, las corporaciones de elección popular ostentan la facultad para hacerlo pero ajustadas a la ley general que para tal efecto expida el Congreso de la República y la reglamentación que para lo propio dicte el Gobierno Nacional. De este modo, aseguró que no es posible hablar de una autonomía absoluta de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales en este punto, sino que sus potestades se enmarcan en el contexto superior que se hubiese expedido, tal como lo prevé el Artículo 12 de la Ley 4.ª de 1992.

A continuación puntualizó que por orden del Legislador, el Ejecutivo Nacional a través del Decreto 1919 de 2002 extendió expresamente el régimen de prestaciones sociales previsto para los empleados públicos del orden nacional a todos los servidores del orden territorial, por lo que en punto a ese aspecto no es necesario acudir al principio de igualdad para dar aplicación a este presupuesto. No obstante lo anterior, la bonificación por servicios prestados no es una prestación social sino un elemento constitutivo de salario consagrado para los empleados del nivel nacional, y en ese sentido, tal derecho en sí mismo no podía configurarse para los funcionarios de las entidades territoriales con base en la normativa en cita, pues reiteró que el régimen salarial no fue objeto de aplicación extensiva, sino solo el prestacional.

Finalmente indicó que como la Ordenanza 13 del 5 de mayo de 2003 fijó la bonificación por servicios prestados para todos los empleados públicos del orden territorial del Departamento de Nariño, de conformidad con el Artículo 1.º del Decreto 1919 de 2002, se encuentra que dicho acto no solo desconoce la competencia prevista para las Asambleas Departamentales, sino además lo consagrado en la norma referida y en el Decreto 1042 de 1978 sobre la diferencia entre régimen salarial y prestacional, por lo que sí se advierte la contradicción que permite el decreto de la suspensión provisional deprecada.

RECURSO DE APELACIÓN (Folios 82 a 84)

El Departamento de Nariño interpuso recurso de apelación en contra del auto que decretó la medida cautelar deprecada, esto con el fin de que dicha decisión sea revocada. En tal sentido, arguyó que el fundamento de la inaplicación de la expresión «del orden nacional» contenida en el Artículo 1.º del Decreto 1042 de 1978 por parte del Consejo de Estado, se basa en que se acude a una interpretación teleológica de las normas sobre el asunto particular, y encuentra una tendencia del legislador a equiparar prestacionalmente a los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden territorial con los del orden nacional. Esto implica que la Ordenanza demandada no creó un derecho, ni la Asamblea Departamental se arrogó competencias que no le corresponden, sino que contempló una acreencia laboral que la misma jurisprudencia hizo extensiva a los funcionarios de los departamentos, distritos y municipios del país.

Precisó que el haber hecho extensiva la bonificación por servicios prestados a los funcionarios de las entidades territoriales, busca proteger fines superiores, debido a que no existe razón válida para aplicar un trato diferente a unos y a otros empleados por el único motivo disímil entre ambos como lo era el empleador, aun cuando hacen parte del mismo sector público y la financiación de sus salarios se hace con recursos de igual naturaleza.

Finalmente recordó que con la expedición del Decreto 1919 de 2002, el Ejecutivo Central al fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados del orden territorial, previó que a partir de la vigencia de esta norma, estos servidores gozarían del mismo esquema prestacional señalado para los funcionarios de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, de manera que en efecto resultaría aplicable el Decreto 1042 de 1978 que contempla el reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el Artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto que decretó la suspensión provisional del acto demandado. De igual forma, acorde con lo previsto por el Artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en la respectiva alzada.

Así mismo, este auto se profiere por la Sala de Decisión en virtud a que el asunto objeto de apelación constituye uno de los eventos previstos en el numeral 2.º del Artículo 243 del CPACA, en concordancia con el Artículo 125 *ibídem*.

Problema jurídico

Conforme al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se contrae a la siguiente pregunta:

¿Se demostró o se configuró la infracción preliminar de las normas superiores en virtud de la confrontación entre el marco regulatorio aplicable al caso concreto y la Ordenanza 13 del 5 de mayo de 2003, por la cual la Asamblea Departamental de Nariño fijó la bonificación por servicios prestados a favor de los empleados públicos del respectivo ente territorial?

Frente al cuestionamiento en comento, esta Subsección sostendrá la siguiente tesis: sí se configuró la probable infracción del ordenamiento jurídico superior con la expedición del acto administrativo demandado, por cuanto en un examen preliminar del asunto, aquella decisión presenta posibles oposiciones normativas de rango constitucional y legal que advierten una vulneración al presupuesto de validez relacionado con la competencia para dictarla, tal como pasa a verse:

- Sobre la inaplicación de la expresión «del orden nacional» contenida en el Artículo 1. del Decreto 1042 de 1978

El Departamento de Nariño sostiene que esta Corporación había planteado en los casos de reconocimiento de las prestaciones a favor de los empleados públicos del orden territorial, que debía inobservarse lo previsto en el Artículo 1.º del Decreto 1042 de 1978 (referente al campo de aplicación exclusivo de dicha norma para los funcionarios nacionales), esto con el fin de extender sus prerrogativas en beneficio de los primeros, luego de asegurar que aquel era el fin del Ejecutivo Central cuando en clave de igualdad expidió el Decreto 1919 de 2002 que materializó lo propio al reconocer expresamente que el régimen prestacional de los servidores de las entidades territoriales sería igual al de los vinculados con la Nación.

Sobre el punto, dicha entidad precisó que esta concepción argumentativa había sido desarrollada en sentencia del 6 de agosto de 2008, proferida por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado en el proceso con número interno 0507-2006, y que por lo tanto debía asumirse tal línea jurisprudencial para evidenciar la legalidad del acto demandado.

Pues bien, lo cierto es que con posterioridad a la mentada providencia, la Corte Constitucional en sentencia C-402 del 3 de julio de 2013 examinó bajo un control abstracto de constitucionalidad la expresión cuya inaplicación se solicita, y la consideró exequible en el entendido de que no se vulneraba la igualdad entre empleados del orden nacional y territorial al especificar esta diferenciación en cuanto al ámbito de aplicación del Decreto 1042 de 1978, por cuanto sus situaciones jurídicas no son equiparables, en la medida en que cada entidad nominadora desde la perspectiva de la esquematización de los empleos, tiene una regulación diferente y unas condiciones particulares disímiles que impiden esa estimación en grado de paridad.

En atención a la aludida providencia, el Consejo de Estado varió su postura frente al enunciado en comentario, de manera que se adhirió al análisis de constitucionalidad referido, para concluir que en efecto el decreto en mención y sus prerrogativas no eran aplicables *in extenso* a los empleados públicos de los departamentos, distritos y municipios, según lo precisado en sentencias del 4 de diciembre de 2017 y del 1.º de marzo de 2018¹, cuando se indicó lo siguiente:

«[...] Así las cosas, para la Sala resulta claro que al ser la Corte Constitucional la que decidió declarar exequible la expresión «del orden nacional» contenida en el Decreto 1042 de 1978, que en diversos fallos el Consejo de Estado venía inaplicando con fundamento en los Artículos 4 y 13 de la Constitución Política, no se requiere de mayores razonamientos para establecer que lo procedente es entender que el régimen salarial establecido por el aludido decreto, dentro del cual figuran la bonificación por servicios prestados y la prima de antigüedad, son de aplicación exclusiva de los empleados del orden nacional. [...]»

De conformidad con este lineamiento, resulta válido considerar que si la motivación estructural de la Ordenanza 13 del 5 de mayo de 2003, era el sustento jurisprudencial anterior del Consejo de Estado y la aplicación extensiva del Decreto 1042 de 1978 en cuanto a la bonificación por servicios prestados, en orden de materializar la percepción de ese emolumento a favor de los empleados del Departamento de Nariño por un criterio de igualdad; tal fundamentación, al menos en este acercamiento preliminar del caso, resultaría ser contradictoria tanto a los preceptos de dicha normativa como a la interpretación constitucional y jurisprudencial que actualmente predomina al respecto en esta Corporación Judicial.

De acuerdo con lo anterior, en este primer aspecto alegado por la parte demandada en su recurso de apelación, se encuentra que del ejercicio de contraste entre el acto administrativo cuestionado y el marco regulatorio de la bonificación por servicios (objeto de determinación en su parte resolutive), se advierte una muy probable infracción, que si bien debe ser analizada de fondo al momento de dictar sentencia, permite considerar pertinente el decreto de una medida cautelar como la suspensión provisional de la aludida decisión, ello en procura de la indemnidad del ordenamiento jurídico y su adecuada cohesión frente a los casos en concreto.

- La competencia de la Asamblea Departamental de Nariño para fijar la bonificación por servicios prestados en beneficio de los empleados públicos del correspondiente ente territorial

Al realizar el contraste normativo exigido por el Artículo 231 del CPACA para decretar la medida cautelar objeto de alzada, se observa que existen postulados normativos de raigambre constitucional como los Artículos 150, numeral 19, literal e), y el Artículo 300, numeral 7.º, así como de rango legal como lo es la Ley 4.ª de 1992 en su Artículo 12; los cuales fijan criterios claros sobre las competencias para crear el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de manera concurrente entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional, y dejan una facultad residual a los entes territoriales en cuanto a la determinación de la escala salarial de sus servidores.

Sobre el particular, se resalta que el Artículo 150, numeral 19, literal e), reza lo siguiente:

«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; [...]»

A su turno, el canon 300, numeral 7.º de la norma Superior prevé:

«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.»

De otra parte, el Artículo 12 de la Ley 4.ª de 1992 consagró:

«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.»

Bajo este contexto normativo se infiere que existen criterios de reserva material de ley respecto del Congreso de la República para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos a través de la imposición de postulados generales y de obligatoria observancia, que conforman un marco de acción sobre el cual se consolida la reserva reglamentaria del Gobierno Nacional para determinar en estricto sentido qué elementos remunerativos directos o no del servicio harán parte del esquema de los diferentes servidores públicos del Estado, así como el planteamiento de los límites o topes sobre los cuales, con posterioridad, deberán ser determinados los montos o escala salarial a reconocer y pagar, puntual y específicamente, en cada entidad y para cada cargo del orden territorial, aspecto final que corresponderá por reserva ejecutiva a las corporaciones de elección popular en cada departamento, distrito o municipio, junto con los mandatarios locales como gobernadores y alcaldes.

De este modo, debe entenderse que los aludidos tipos de reserva, obedecen básicamente a lo que constituye uno de los elementos esenciales de validez de las normas como lo es la competencia, habida cuenta de que ésta implica la facultad inherente a la naturaleza de la autoridad, para proferir decisiones mandatorias determinadas que ningún otro agente del Estado podría adoptar, en razón de aspectos como la jerarquía, la funcionalidad, la legitimidad democrática, la especialidad, la capacidad administrativa y financiera y la finalidad material; los cuales conforman una serie de variantes que en conjunto se acompasan con el principio de legalidad que orienta y sustenta las acciones del Estado, en particular la función pública y su regulación salarial y prestacional.

En virtud de lo expuesto, se observa que la creación de emolumentos con carácter salarial o prestacional, está contemplada desde el mismo modelo constitucional para ser provista de manera articulada y exclusiva entre el Legislador y el Gobierno Nacional, ello con el fin de que sean estas autoridades y no las del orden territorial, las que definan a partir de la propia concepción de la estructura funcional del Estado, qué elementos remunerarán el servicio y cuáles cubrirán las contingencias derivadas del ejercicio de un empleo público, sin que tal facultad pueda ser arrogada por entidades como asambleas departamentales o concejos municipales.

Lo anterior halla sustento por cuanto a pesar de predicarse la autonomía administrativa de los entes territoriales, este concepto no se traduce en independencia sino que debe entenderse bajo la concepción de los pilares fundamentales del Estado, principalmente en lo referente a su naturaleza que no es otra que la señalada en el Artículo 1.º constitucional, cuando se precisa que Colombia es una República unitaria y descentralizada, lo cual implica la sujeción de las autoridades locales al poder central en punto a la regulación general de aspectos esenciales como en efecto lo es el régimen laboral aplicable a los empleados públicos.

Con base en lo anterior es que no resultaría admisible que una autoridad territorial como la Asamblea Departamental de Nariño, regule *motu proprio*, aspectos relacionados con el régimen salarial de los empleados del propio departamento al margen de las directrices generales del Congreso de la República y del Ejecutivo Central, pues a pesar de que dicha entidad se escude en la interpretación jurisprudencial que en su momento tenía el Consejo de Estado sobre el Decreto 1042 de 1978 o bien en que el Decreto 1919 de 2002 estipuló expresamente que el régimen prestacional de los empleados territoriales sería el mismo de los nacionales, tales supuestos en ningún momento previeron el cambio o atribución de competencias a favor de las corporaciones de elección popular para crear, modificar o extinguir los derechos laborales que solo los otros entes públicos aludidos pueden hacer.

Lo que se evidencia preliminarmente en este caso, es que la entidad demandada en ejercicio de una interpretación autónoma del Decreto 1919 de 2002, consideró que tenía la facultad para «establecer» (en sus propias palabras), la bonificación por servicios prestados a favor de sus empleados, pues se trataba de una prestación a la que tenían derecho los servidores públicos del orden nacional, lo cual en su sentir no implica la creación de dicho emolumento, sino solo la aplicación directa y estricta de la mentada norma.

Al respecto, la Subsección estima de manera primaria y sin que corresponda a la conclusión definitiva del litigio, que la fundamentación del Departamento de Nariño podría ser contradictoria a los presupuestos de competencia expuestos anteriormente, habida cuenta de que se advierten 2 situaciones que al parecer no fueron valoradas al momento de expedir la Ordenanza 13 del 5 de mayo de 2003:

i) En primer lugar, aducir que lo consagrado en el acto demandado fue el establecimiento y no la creación de la bonificación por servicios prestados, corresponde a una percepción retórica que no se ajusta a la realidad jurídica del asunto concreto, en la medida en que lo que realmente conlleva la eficacia o la producción de efectos de la ordenanza en comento, es que se reconoce un derecho económico a favor de los empleados del Departamento de Nariño, el cual éstos no percibían antes de aquella decisión administrativa, de suerte que tal circunstancia solo puede enmarcarse en el criterio de creación de una situación jurídica, no en la simple ejecución de normas superiores.

Ahora, tal como se avizoró previamente, la competencia para fijar este tipo de prerrogativas recae exclusivamente en el legislador y en el Gobierno Nacional para que las entidades territoriales sujeten sus acciones a dicho marco, lo cual implica que proferir una decisión como la reprochada, podría desconocer el contexto normativo superior, que en clave de competencia se entiende derivada de la propia Constitución Política, de manera que no podría aducirse la omisión para regular la materia por parte del Gobierno Nacional, en orden de justificar la diligencia de la entidad territorial al suplir esa función supuestamente pretermitida, puesto que tal hecho únicamente generaría una trasgresión a los principios de reserva legal, reglamentaria y ejecutiva que el constituyente estimó necesarios para el adecuado funcionamiento de la estructura funcional del Estado.

Esto es más evidente aun si se tiene en cuenta que precisamente el Gobierno Nacional dentro del marco legal diseñado por el Congreso de la República en la Ley 4.ª de 1992, profirió con posterioridad al acto demandado, el Decreto 2418 de 2015 «por el cual se regula la bonificación por servicios prestados para los empleados públicos del nivel territorial», con el que zanjó la posibilidad de reconocer dicho factor salarial a los servidores de los distritos, departamentos y municipios, al punto de crear materialmente (bajo su competencia exclusiva), ese emolumento a partir del 1.º de enero de 2016, tal como se indicó en el Artículo 1.º así:

«ARTÍCULO 1. Bonificación por servicios prestados para empleados del nivel territorial. A partir del 1° de enero del año 2016, los empleados públicos del nivel territorial actualmente vinculados o que se vinculen a las entidades y organismos de la administración territorial, del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Territorial, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías Territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales y el personal administrativo del sector educación, tendrán derecho a percibir la bonificación por servicios prestados en los términos y condiciones señalados en el presente decreto.»

Aunado a ello, se observa que en el canon 6.º *ibídem* se precisó lo siguiente:

«ARTÍCULO 6. Competencia en materia salarial. Ninguna autoridad territorial podrá modificar el presente Decreto. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos, de conformidad con lo previsto en el Artículo 10 de la Ley 4 a de 1992.

El Departamento Administrativo de la Función Pública es el órgano competente para conceptuar en materia salarial y prestacional. Ningún otro órgano puede arrogarse esta competencia.» (Resalta la Sala).

De conformidad con esta regulación expresa y determinante sobre la bonificación por servicios prestados para los empleados del orden territorial, se infiere que en definitiva la competencia para fijar, crear o «establecer» como lo indicó la parte demandada ese derecho económico solo recaía en el Gobierno Nacional con sujeción de los preceptos de la Ley 4.ª de 1992, de forma que cualquier acto normativo que contraría tanto el contenido del mentado Decreto como la propia competencia para determinar lo propio, vulneraría el ordenamiento jurídico superior, lo cual permite en esta oportunidad decretar una medida cautelar como la deprecada por la entidad demandante.

ii) Sin perjuicio de lo planteado, se resalta además que tal como lo precisó el *a quo*, existe una diferencia sustancial entre régimen salarial y prestacional en el marco de la regulación laboral de los servidores públicos, situación que impide contemplar o asumir ciertos beneficios económicos bajo naturalezas jurídicas diferentes, pues hacerlo trae consigo consecuencias en el equilibrio financiero de las nóminas de cada entidad, que podría eventualmente ir en detrimento tanto de intereses particulares como generales en cuanto a la protección del erario.

Sobre el punto se aclara que por salario se entiende todo pago o emolumento habitual continuo o permanente que tenga como fin retribuir directamente la prestación del servicio, esto es, remunerar al servidor público por el ejercicio de su labor y asegurar su liquidez y solvencia económica periódica en razón y con fundamento en una serie de criterios de fijación del monto a cancelar relacionados con el tipo de empleo, el nivel y el grado en la respectiva escala salarial, aspectos que previamente están fijados por el Congreso de la República, el Gobierno Nacional y las entidades territoriales en virtud de las reservas de competencia que le corresponden a cada uno de estos actores.

Las prestaciones sociales por otro lado, constituyen los pagos realizados por la entidad empleadora de forma directa (comunes) o indirecta (especiales), a favor del servidor público vinculado, tendientes a garantizar las condiciones materiales para el ejercicio del empleo, a cubrir las contingencias derivadas de la labor desempeñada o a apoyar situaciones particulares de la relación entre la vida personal y laboral del trabajador; de manera que su reconocimiento no pretende ser una contraprestación del servicio sino de las condiciones factuales que lo rodean.

Esta diferenciación también fue explicada por el Departamento Administrativo de la Función Pública en la Guía de Administración Pública de agosto de 2018² cuando señaló:

«[...] Las prestaciones sociales constituyen pagos que el empleador hace al trabajador directamente o a través de las entidades de previsión o de seguridad social en dinero (sic) motivo de la misma. Se diferencian de los salarios en que no retribuyen directamente los servicios prestados, y de las indemnizaciones, en que no reparan perjuicios causados por el empleador.
[...]

Bajo este contexto, al verificar la esencia de la bonificación por servicios prestados de que trata el Artículo 45 del Decreto 1042 de 1978, se observa que su fin es, tal como su nombre lo indica, retribuir la labor ejercida, por lo que ésta es catalogada como factor salarial al tenor del Artículo 42, literal g) de la norma *ejusdem*.

En el *sub examine* se advierte que la entidad demandada fundamentó no solo su competencia sino la decisión contenida en la ordenanza cuestionada, en que el Decreto 1919 de 2002 unificó el régimen prestacional de los empleados territoriales con el de los nacionales, lo cual si bien es cierto, conlleva a que solo se previó esa condición en lo referente a las prestaciones sociales y no respecto de los factores de salario como en efecto lo es la bonificación por servicios prestados.

De este modo, así se asumiera que la Asamblea Departamental de Nariño tenía competencia para tal fin, en todo caso no podía fijar ese emolumento con base en el Decreto 1042 de 1978, pues no resultaba aplicable ni extensivo al caso de los empleados del ente territorial en comento, situación que constituye una probable contradicción que aun en el entendido de que debe ser valorada en la sentencia, también habilita la procedencia de la cautela.

En conclusión: los postulados normativos aplicables al caso en confrontación directa con el acto administrativo acusado, puntualmente en lo que tiene que ver con la autoridad que lo profirió con el ánimo de instituir la bonificación por servicios prestados a favor de los empleados del Departamento de Nariño, permiten inferir con alto grado de probabilidad en este examen preliminar, que la mentada situación jurídica creada a través de aquella decisión, podría contravenir el ordenamiento jurídico superior y las reservas de competencia para la regulación del régimen salarial y prestacional de los funcionarios de una entidad territorial; aspectos que si bien deberán ser corroborados o desvirtuados al momento de dictar sentencia, permiten asumir una posición preventiva frente al litigio, basada en un resultado de contraste que hace viable suspender los efectos de la Ordenanza 13 del 5 de mayo de 2003.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden, esta Subsección confirmará el auto impugnado del 8 de octubre de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño, por el cual se decretó la suspensión provisional de los efectos derivados de la Ordenanza 13 del 5 de mayo de 2003, habida cuenta de que no prosperan los argumentos del recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño el 8 de octubre de 2015, por medio del cual se decretó la suspensión provisional de los efectos derivados de la Ordenanza 13 del 5 de mayo de 2003, emanada de la Asamblea Departamental de Nariño, a través de la cual se creó la bonificación por servicios prestados a favor de los empleados públicos de dicho ente territorial, esto en el proceso de nulidad promovido por la Contraloría Departamental de Nariño en contra de la autoridad precitada.

SEGUNDO: Realizar las anotaciones correspondientes en el programa Justicia Siglo XXI y, ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el Artículo 186 del CPACA.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencias del 4 de diciembre de 2017, radicado: 54001233100020080017902 (3656-2013), y del 1.º de marzo de 2018, Radicado: 08001-23-33-000-2014-00258-01 (0216-2016).

2. Departamento Administrativo de la Función Pública. Guía de Administración Pública: Régimen prestacional y salarial de los empleados públicos del orden territorial. Versión 2. Dirección Jurídica. Agosto 2018.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:56:34