Función Pública

Sentencia 00627 de 2020

FIJACIÓN DEL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DELOS EMPLEADOS PÚBLICOS - Competencia / CREACIÓN DE BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS – Falta de competencia

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.(...) Con base en la normativa trasuntada, se infiere 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 constitucional del principio de igualdad y de favorabilidad 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 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 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 con el fin de garantizar el derecho a la igualdad de estos últimos. La Ordenanza 13 del 5 de mayo de 2003 está viciada de nulidad por falta de competencia de la autoridad demandada para crear o fijar factores salariales a favor de sus empleados de conformidad con los Artículos 150, numeral 19, literal e), y el Artículo 300, numeral 7.° constitucionales, así como la Ley 4.ª de 1992 en su Artículo 12, dado que por reserva legal, tal facultad se encuentra articulada entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 150 NUMERAL 19 LITERAL E / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 300 NUMERAL 7 / LEY 4 DE 1992

NORMA DEMANDADA: ORDENANZA 13 DE 2003. ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO. (Nula)

CONDENA EN COSTAS EN EL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Improcedencia

El Artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público, tal como acontece en el presente caso en el que la entidad demandante interpone un medio de control de nulidad que solo busca el control abstracto de legalidad de un acto administrativo cuyos efectos implicaban un detrimento del erario. Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el *sub examine* no se condenará en costas a la parte demandada a pesar de resultar vencida en juicio.

FUENTE FORMAL : LEY 1437 DE 2011 (CPACA) – ARTÍCULO 188

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 52001-23-33-000-2015-00627-02(1568-17)

Actor: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO

Demandado: DEPARTAMENTO DE NARIÑO, ASAMBLEA DEPARTAMENTAL

Referencia: NULIDAD

Temas: Control abstracto de legalidad. Ordenanza que creó bonificación por servicios a servidores de entidad territorial. Competencia constitucional y legal para la fijación del régimen salarial de los empleados públicos.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

O-357-2020

ASUNTO

Decide la Subsección el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 27 de enero de 2017 por el Tribunal Administrativo de Nariño que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La Contraloría Departamental de Nariño en ejercicio del medio de control de nulidad que consagra el Artículo 137 de la Ley 1437 del 2011[1], formuló en síntesis la siguiente:

Pretensión (Folio 40, C1)

Que se declare la nulidad de la Ordenanza 013 del 5 de mayo de 2013, proferida por la Asamblea Departamental de Nariño, mediante la cual se fijó la bonificación por servicios prestados a favor de los empleados públicos del respectivo ente territorial.

Supuestos fácticos relevantes (Folios 40 a 41, C1)

1. La Asamblea Departamental de Nariño luego de agotar las etapas de discusión correspondientes, expidió la Ordenanza 013 del 5 de mayo de 2003, a través de la cual creó para los empleados de dicho ente territorial la bonificación por servicios prestados de que tratan los Artículos 42 y 45 del Decreto 1042 de 1978.

2. La Ordenanza 013 del 5 de mayo de 2003 contempló que tendría efectos fiscales a partir del 1.° de septiembre de 2002, por lo que desde esa fecha se ha cancelado la referida prestación a los empleados públicos del Departamento de Nariño.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias de allí que la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo»[2], porque es guía y ajuste de esta última. De esta manera se preserva la congruencia que garantiza el debido proceso, razón por la cual el juez al proferir la sentencia debe resolver el litigio en forma concordante con los hechos, las pretensiones, las excepciones; puntos que fueron condensados y validados por las partes al precisar el «acuerdo sobre el desacuerdo» en la audiencia inicial. De allí que los problemas jurídicos adecuadamente formulados y aceptados por las partes se convierten en una eficiente guía para el decreto de las pruebas, las alegaciones, la sentencia y sustentación de los recursos pertinentes. Por lo dicho, la audiencia inicial es el punto de partida más legítimo y preciso para fundamentar adecuadamente la sentencia.

En el caso concreto se pone de presente que el *a quo* prescindió propiamente de la celebración de la audiencia pública de que trata el Artículo 180 del CPACA, luego de haber puesto en conocimiento de las partes dicha posición sin que éstas se opusieran a ello. No obstante lo anterior, en todo caso el Tribunal de primera instancia profirió auto interlocutorio el 8 de noviembre de 2016 (visible de folios 110 a 112, C1), por medio del cual agotó cada una de las etapas contempladas en la referida diligencia conforme a la norma en cita.

Resumen de las principales decisiones

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

En el auto se consignó lo siguiente al momento de decidir las excepciones:

«El Departamento de Nariño propuso las excepciones de mérito denominadas: legalidad de la Ordenanza No. 013 de 2003, legalidad de la bonificación por servicios prestados y genérica o innominada. Teniendo en cuenta que se trata de excepciones de fondo, éstas se resolverán al momento de dictar sentencia.». (Folio 111, C1).

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

El litigio se fijó en los siguientes términos:

«En el *sub judice* el debate probatorio se contrae a establecer si es nula la *Ordenanza* No. 013 de mayo 5 de 2013 (sic) *"Por cual* (sic) *se establece la Bonificación por Servicios Prestados",* emanada por la Asamblea Departamental de Nariño, por desconocimiento de normas de

rango constitucional y legal.» (*Ídem*).

Estas decisiones fueron notificadas por estado y las partes no interpusieron recursos en su contra.

SENTENCIA APELADA (Folios 123 a 136, C1)

El *a quo* profirió sentencia escrita el 27 de enero de 2017, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la entidad demandante con fundamento en las siguientes consideraciones:

El Tribunal inicialmente resaltó que de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978, la bonificación por servicios no es una prestación social, sino un elemento constitutivo de remuneración directa del servicio, por lo que la Asamblea Departamental de Nariño no podía fijarla a favor de los empleados públicos de la respectiva entidad territorial, puesto que el Decreto 1919 de 2002 solo extendió a dichos servidores el régimen prestacional y no el salarial, tal como lo precisó la sentencia C-403 de 2013 de la Corte Constitucional.

Seguidamente precisó que existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de las entidades territoriales, la cual recae en el Congreso de la República cuando señala los principios y parámetros que posteriormente deberá tener en cuenta el Gobierno Nacional con el fin de fijar los límites máximos en la remuneración de los respectivos empleados. Finalmente las asambleas departamentales y los concejos municipales serán los encargados de determinar las escalas de remuneración de los correspondientes cargos o plazas en sus dependencias, y los gobernadores y alcaldes serán quienes indiquen específicamente los emolumentos a reconocer con base en tales parámetros.

Conforme a lo anterior, aseguró que la entidad demandada claramente no tenía la facultad para crear la bonificación por servicios prestados a favor de sus empleados, habida cuenta de que la competencia para fijar las escalas de remuneración debía someterse a la competencia, al marco y a los topes previstos en la ley.

Por último manifestó que solo hasta la expedición del Decreto 2418 de 2015, es que el Gobierno Nacional extendió la bonificación en comento a favor de los empleados públicos del nivel territorial, la cual solo podía reconocerse y pagarse a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, siempre que se contara con los recursos presupuestales para tal efecto y según lo previsto en el Artículo 2.° *ibídem*. Aunado a ello, en el Artículo 5.° *ejusdem*, se indicó que aquel emolumento sería incompatible con cualquier otra retribución o factor salarial que los funcionarios referidos percibieran por el mismo o similar concepto, independientemente de su denominación u origen.

Acorde con estos razonamientos, el tribunal de primera instancia profirió sentencia en el sentido de declarar la nulidad de la Ordenanza 013 del 5 de mayo de 2003.

RECURSO DE APELACIÓN (Folios 138 a 141)

La parte demandada formuló recurso de apelación contra la decisión reseñada anteriormente y solicitó que ésta sea revocada, al argumentar que el *a quo* no tuvo en cuenta como sustento válido para mantener en el tránsito jurídico la Ordenanza 013 del 5 de mayo de 2003, el hecho de que la Ley 4.ª de 1992 ordenó al Ejecutivo Nacional que hiciera extensivo el régimen de prestaciones sociales previstas para los empleados públicos del orden nacional a todos los del orden territorial, a fin de evitar que en el futuro, éstos invocaran el principio de igualdad para hacer extensivos tales derechos económicos.

Añadió que el Artículo 5.° del Decreto 2418 de 2015 por medio del cual el Gobierno Nacional extendió la bonificación por servicios prestados a favor de los empleados públicos territoriales, básicamente lo que hizo fue legalizar los reconocimientos efectuados en tal sentido por autoridades como las asambleas departamentales, puesto que se acepta como legal y posible que aquellas hubiesen otorgado una bonificación por el mismo concepto, como en efecto se hizo en su momento a través de la Ordenanza 013 del 5 de mayo de 2003.

Señaló que el acto administrativo demandado no debió declararse nulo, en la medida en que éste se encontraba ajustado a la Constitución Política de 1991. Sostuvo que aquel se profirió en el marco de las políticas de descentralización administrativa y en procura del respeto por el derecho fundamental a la igualdad y al principio de favorabilidad consagrado en el Artículo 53 Superior.

Sostuvo que la Asamblea Departamental de Nariño profirió la Ordenanza cuestionada en aras de respetar la supremacía constitucional por vía de excepción, ello con el ánimo de poner fin a la discriminación manifiesta en contra de los empleados públicos de la entidad territorial, toda vez que el Decreto 1042 de 1978 vulneraba el mentado derecho a la igualdad del que éstos últimos son titulares.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal de conformidad con la constancia secretarial visible a folio 169 del cuaderno 1.

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. De igual forma, según el Artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

Problema jurídico

En ese orden, el problema jurídico que debe resolverse en esta instancia se resume en la siguiente pregunta:

¿La Ordenanza 13 del 5 de mayo de 2003 emitida por la Asamblea Departamental de Nariño, adolece de nulidad por falta de competencia y violación de las normas en las que debía fundarse, ello en lo que respecta a la creación de la bonificación por servicios prestados como factor salarial a favor de los empleados de la respectiva entidad territorial?

Al respecto la Subsección sostendrá como tesis que, en efecto, el acto administrativo demandado fue expedido por la Asamblea Departamental de Nariño en contravención de las normas que regulan lo decidido y sin competencia constitucional ni legal para fijar emolumentos como la bonificación en comento a favor de sus empleados, tal como se explica a continuación:

- El acto administrativo demandado

El presente control abstracto de legalidad recaerá sobre la Ordenanza 13 del 5 de mayo de 2003, la cual fue proferida por la Asamblea Departamental de Nariño con el fin de fijar la bonificación por servicios prestados a favor de los empleados del ente territorial respectivo, tal como se planteó a continuación:

«ORDENANZA No. 013 DE 2003

(Mayo 5)

Por la cual se establece la Bonificación por Servicios Prestados

LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO

En uso de sus atribuciones Constitucionales y en especial de las consignadas en el Artículo 300 de la Constitución Política,

ORDENA:

ARTÍCULO PRIMERO: Establécese la Bonificación por Servicios Prestados para todos los empleados públicos del orden territorial del Departamento de Nariño, de conformidad a lo establecido en el Artículo primero del Decreto 1919 del 27 de Agosto de 2002, que será liquidada y cancelada de conformidad a las normas legales vigentes, en la nómina del mes en el cual se cumpla el respectivo año de servicios.

ARTÍCULO SEGUNDO: La presente ordenanza rige a partir de la fecha de su publicación y para efectos fiscales a partir del primero (1°) de Septiembre de 2002.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en San Juan de Pasto, a los cinco (5) días del mes de Mayo del año dos mil tres (2003).»

- De la causal de nulidad por falta de competencia

Al respecto se recuerda que dicho vicio de ilegalidad se encuentra previsto en el inciso 2.° del Artículo 137 del CPACA. Frente a su entendimiento y alcance, esta misma Subsección[2] se ha pronunciado de la siguiente forma:

«[…] La falta de competencia es un vicio externo al acto administrativo debido a que no se afinca en el contenido de este, en su motivación o finalidad, sino en el sujeto que lo expide pues lo que se advierte en tales casos es que el derecho positivo no consagra una facultad que le permita fungir al Estado como autoridad normativa.

En los casos en que tiene aplicación la reserva de ley no se encuentra permitido regular la materia por medio de preceptos de inferior jerarquía o fuerza normativa, como lo son los reglamentos. En esos términos, el principio en cuestión constituye una garantía esencial de los estados modernos hacia sus asociados, si se tiene en cuenta que los asuntos sujetos a reserva legal involucran temas de gran importancia e interés social y económico que, en tal virtud, deben positivarse como resultado de una amplia deliberación que garantice el principio democrático, lo que le otorga legitimidad a la norma de derecho resultante.

Es importante resaltar la forma en que la reserva de ley constituye un límite inquebrantable a la potestad reglamentaria pues, habiéndose reservado un asunto al legislador, no es dable que la administración entre a regular los aspectos centrales de la materia en cuestión. Esto no significa que se excluya el reglamento porque, una vez expedida la ley, podrán dictarse aquellos que se conocen como reglamentos ejecutivos o secundum legem, los cuales gozarán de validez en la medida en que tengan una adecuada cobertura legal, esto es, en cuanto se dediquen a ejecutar o desarrollar la ley a la que se encuentran inmediatamente ligados. Esto quiere decir que en aquellos casos solo habrá espacio para el reglamento, en la medida en que previamente haya una habilitación legal. […]»

Pues bien, en efecto debe resaltarse que la competencia, entendida como un elemento de validez de los actos administrativos, cobra vital importancia en el análisis de legalidad de éstos, puesto que si bien como se precisó en el extracto jurisprudencial trasuntado, aquel no es intrínseco a la estructura y contenido de la decisión, sí lo es frente a la limitación de las potestades de cualquier autoridad para definir

determinada situación jurídica.

Lo anterior significa que la competencia se acompasa a lo que resultaría ser el marco de acción de las entidades públicas, el cual previamente debe estar definido por la Ley, ello con el fin de que éstas puedan reglamentar, ejecutar o concretar los postulados de las normas superiores con estricta sujeción de las facultades, funciones y capacidades que cada una tiene en virtud de su propia naturaleza y conforme a las condiciones de su creación.

Bajo este contexto, se precisa que el mentado factor de validez necesariamente se relaciona con el principio de legalidad, en tanto el hecho de delimitar qué autoridad debe resolver un asunto específico, se constituye en una restricción indispensable en el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, habida cuenta de que propende por garantizar la uniformidad en el actuar de su agentes, precaver el ejercicio arbitrario del poder público, dar prevalencia a la igualdad material ante la administración y consolidar el rango jerárquico de los entes públicos en razón de la relevancia de los asuntos a resolver y su necesidad de legitimidad, discusión democrática y nivel de responsabilidad.

Por lo expuesto se considera que la falta de competencia de una entidad para proferir una decisión puntual, claramente debe ser la primera causal de revisión en un juicio de legalidad. Esto en atención a que aquel presupuesto a pesar de ser en esencia formal, surte efectos sustanciales en la materia objeto de definición, toda vez que el desconocer la reserva del constituyente, la reserva legal o la reserva reglamentaria, implica que se atenta en contra del propio ordenamiento jurídico y su esquema de sujetos con facultad regulatoria, al punto de afectar de entrada la validez del acto administrativo al margen incluso del estudio sobre las normas aplicadas, su motivación, su expedición irregular o con desviación de poder.

- Marco regulatorio de la competencia para la fijación del régimen salarial de los empleados públicos

En primer lugar, la Sala resalta que existen postulados normativos de raigambre constitucional como los Artículos 150, numeral 19, literal e), y el Artículo 300, numeral 7.°, así como de rango legal como lo es la Ley 4.ª de 1992 en su Artículo 12; los cuales desarrollan criterios claros sobre las potestades 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.° 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:

«ARTÍCULO12.- 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, ello en razón de aspectos como la jerarquía, la funcionalidad, la legitimidad democrática, la especialidad, la capacidad administrativa y financiera y la finalidad material. Tales puntos 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.° 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.

- El análisis de la falta de competencia en el caso concreto

Con base en la normativa trasuntada, se infiere 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 constitucional del principio de igualdad y de favorabilidad 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 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 con el fin de garantizar el derecho a la igualdad de estos últimos.

Al respecto, se evidencia que la fundamentación del Departamento de Nariño resulta contradictoria a los presupuestos de competencia expuestos anteriormente, habida cuenta de que se advierte una situación puntual que no fue valorada al momento de expedir la Ordenanza 13 del 5 de mayo de 2003, a saber:

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 palmario 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.° de enero de 2016, tal como se indicó en el Artículo 1.° 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.° *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 4a 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).

Al margen de este contexto, la parte apelante aseguró que el Artículo 5.° de la norma *ejusdem* es el presupuesto jurídico que valida su competencia y la legalidad de su decisión propiamente dicha, en tanto aquel canon consagró que: «[…] La bonificación por servicios prestados que se establece en el presente decreto es incompatible con cualquier otra bonificación, retribución o elemento o factor salarial que perciban los empleados de la Rama Ejecutiva del nivel territorial por el mismo o similar concepto o que remuneren lo mismo, independientemente de su denominación, origen o su fuente de financiación.».

Lo anterior en el sentir de la entidad demandada corresponde a la justificación para haberse «adelantado» a la regulación en cita, lo cual bajo su concepción implicaría que la bonificación por servicios fijada a través de la Ordenanza cuestionada, sería la misma prevista por el Gobierno Nacional en el decreto aludido, de suerte que ante el referido presupuesto de incompatibilidad, resultaría convalidado su actuar en la medida en que a sus empleados públicos se les cancelaría este emolumento en razón de su propio acto administrativo y no por mandato de la decisión del Ejecutivo.

Empero, lo que se advierte del mentado planteamiento es que desconoce el Artículo 6.° transcrito *ut supra*, porque claramente se previó que las entidades territoriales no podrían modificar la norma en cuestión, al punto de que cualquier postulado en contrario carecería de efectos y no crearía derechos adquiridos.

Pues bien, en este caso se vislumbra que la Asamblea Departamental de Nariño de forma *ex ante,* definió una situación jurídica que solo cobraría validez jurídica con la expedición del Decreto 2418 de 2015, de manera que su acto no solo se configura como una oposición sino también una modificación frente a la fecha a partir de la cual se haría efectiva la bonificación por servicios, por lo que no podría considerarse que la legalidad de aquella manifestación administrativa fue confirmada con la normativa en cita, en tanto en lugar de ajustarse a ella, la contraviene.

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» ese derecho económico (como lo indicó la parte demandada), 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, vulnera el ordenamiento jurídico superior y por lo tanto se acompasa con el vicio de validez analizado.

- De la causal de nulidad por infracción de las normas aplicables

Al respecto, la Subsección A de esta Corporación[3] en su momento se pronunció sobre el particular en sentencia del 27 de enero de 2011, y planteó que:

«El vicio formal de infracción de las normas en las que el acto debe fundarse, referidas dichas normas, a todas aquellas que componen el ordenamiento jurídico, por manera que objetivamente implica la confrontación del acto con la norma superior, se trata entonces de un problema de derecho.»

De acuerdo con este planteamiento, el hecho de que un acto administrativo se encuentre inmerso en esta causal de nulidad, implica que debe validarse la conformidad o no de la decisión adoptada por la autoridad, frente al marco normativo superior que define la materia objeto de pronunciamiento a través de aristas generales o preceptos, los cuales deben ser observados imperiosamente por la entidad que debe crear, modificar o extinguir aquella situación jurídica prevista en el ordenamiento de mayor jerarquía.

Según lo expuesto, una manifestación volitiva del Estado tiene que ajustarse al contenido propio de la regulación específica y concreta aplicable al asunto que éste pretende resolver o definir. Por lo tanto, a los organismos públicos les está prohibido (a riesgo de viciar de ilegalidad sus actuaciones), fundamentar sus actos en normas diferentes o que sean ajenas al caso sometido bajo su conocimiento, entendidas éstas tanto como el enunciado positivizado y exegético, así como la o las interpretaciones que de aquel se encuentren debidamente autorizadas por el operador competente.

En este sentido, la configuración del vicio de validez de un acto administrativo por infracción de la normativa aplicable prevista en el inciso 2.° del Artículo 137 del CPACA, se materializa cuando: i) la autoridad contraviene o se opone a un postulado constitucional, legal o reglamentario superior que rige una situación jurídica puntual, ii) cuando pasa por alto la aplicación directa de aquel precepto, o iii) cuando va más allá de la interpretación permitida y ajustada a derecho que le corresponde a ese mandato preferente.

- El análisis de la infracción normativa en el caso concreto

Sin perjuicio de lo planteado sobre la falta de competencia, 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 para 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 2018[4] 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 diner n (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[5], 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*[6].

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 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.

En consecuencia, 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 se consolidaría en otra causal de nulidad como la referente a la infracción de las normas en que debía fundarse el acto administrativo.

- Sobre la interpretación constitucional del derecho a la igualdad y el principio de favorabilidad efectuada por la parte demandada por vía de excepción

El Departamento de Nariño planteó en su recurso de alzada que la expedición de la Ordenanza 13 del 5 de mayo de 2003 obedeció al control difuso y concreto de constitucionalidad que la supremacía de la Constitución Política obliga efectuar en casos puntuales por vía de la excepción de inconstitucionalidad, la cual fue desarrollada en el Artículo 4.° *ibídem*.

Para tal efecto, la entidad demandada consideró que debía inaplicarse la expresión «del orden nacional» contenida en el Artículo 1.° del Decreto 1042 de 1978, ello con el fin de extender puntualmente los efectos de dicha norma en cuanto a la bonificación por servicios prestados como factor salarial a favor de sus empleados, debido a que según su interpretación supralegal, con tal acción se conjuraría el trato discriminatorio entre tales servidores frente a los de la Nación.

Al respecto, se destaca que efectivamente esta Corporación[7] 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.° 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 a la Nación.

Pues bien, 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 comento, 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.° de marzo de 2018[8], 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, 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.

Por lo expuesto, se evidencia que el hecho de aplicar la excepción de inconstitucionalidad para fundamentar la legalidad del acto demandado, en esta oportunidad no resulta adecuarse a la realidad jurídica del caso, habida cuenta de que la norma inobservada se ajusta a los postulados superiores que la entidad demandada alegaba vulnerados.

Ello se verifica además si se tiene en cuenta que incluso a pesar de que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2418 de 2015 con el cual fijó la bonificación por servicios a favor de los empleados territoriales, éste lo condicionó a una fecha específica de efectividad fiscal sin creación de derechos adquiridos con anterioridad, precisamente porque en ejercicio de su competencia, la creación de tal derecho económico de carácter salarial y no prestacional se fundamentó en una unificación progresiva del régimen laboral de los empleados públicos, pero no como una respuesta a una omisión diferencial injustificada del Estado, tal como lo consideró la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del Artículo 1.° del Decreto 1042 de 1978.

En conclusión: La Ordenanza 13 del 5 de mayo de 2003 está viciada de nulidad por falta de competencia de la autoridad demandada para crear o fijar factores salariales a favor de sus empleados de conformidad con los Artículos 150, numeral 19, literal e), y el Artículo 300, numeral 7.° constitucionales, así como la Ley 4.ª de 1992 en su Artículo 12, dado que por reserva legal, tal facultad se encuentra articulada entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional.

Adicionalmente el acto administrativo demandado contraviene las normas en las que debía fundarse, habida cuenta de que en virtud del Decreto 1919 de 2002, la entidad territorial extendió el reconocimiento de un emolumento de carácter salarial previsto para los empleados públicos del orden nacional a favor de sus servidores a pesar de que tal postulado implicaba la unificación solo del régimen prestacional, lo cual implica que se soslayó la diferencia sustancial existente entre cada clase de beneficio económico en razón de su esencia.
Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden, la subsección confirmará la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, habida cuenta de que no prosperan los argumentos del recurso de apelación.

De la condena en costas.

Esta subsección en providencia de 7 de abril de 2016[9], sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, determinó el criterio objetivo-valorativo, para la imposición de condena en costas, bajo los siguientes fundamentos:

a) «El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio *«subjetivo» –CCA-* a uno *«objetivo valorativo» –CPACA-*.

b) Se concluye que es *«objetivo»* porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de *«valorativo»* porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[10], previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.»

De lo anterior se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes.

En efecto, el Artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público[11], tal como acontece en el presente caso en el que la entidad demandante interpone un medio de control de nulidad que solo busca el control abstracto de legalidad de un acto administrativo cuyos efectos implicaban un detrimento del erario. Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el *sub examine* no se condenará en costas a la parte demandada a pesar de resultar vencida en juicio.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 27 de enero de 2017 por el Tribunal Administrativo de Nariño que accedió a las pretensiones en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad promovió la Contraloría Departamental de Nariño contra el Departamento de Nariño, Asamblea Departamental.

Segundo: Sin condena en costas de segunda instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de 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. «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», o CPACA.

2. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 9 de diciembre de 2019. Radicado: 11001-03-25-000-2015-01089-00 (4824-15).

3. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 27 de enero de 2011. Radicado 85001-23-31-000-2004-01989-02 (0730-08).

4. 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.

5. «ARTÍCULO 45. *De la bonificación por servicios prestados.* A partir de la expedición de este Decreto, créase una bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el Artículo 1º.

Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial. Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo a otro de los enumerados en el Artículo 1 de este decreto, el tiempo laborado en el primero se

tendrá en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la bonificación, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio.

Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.

La bonificación de que trata el presente Artículo es independiente de la asignación básica y no será acumulativa.»

6. «ARTÍCULO 42. *De otros factores de salario.* Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. Son factores de salario: […] g. La bonificación por servicios prestados. […]».

7. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Número interno: 0507-2006.

8. 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.° de marzo de 2018, Radicado: 08001-23-33-000-2014-00258-01 (0216-2016).

9. Al respecto ver sentencia de 7 de abril de 2016, expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

10. «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: […]».

11. Regula la norma lo siguiente: "[…] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil […].»

Fecha y hora de creación: 2025-06-17 22:23:53