



Concepto Sala de Consulta C.E. 1518 de 2003 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

C O N S E J O D E E S T A D O

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejera Ponente: SUSANA MONTES DE ECHEVERRI

Bogotá, D.C., septiembre once (11) de dos mil tres (2003)

Referencia: Radicación: 1.518.

[Ver la ampliación de este concepto 1518A de 2004](#)

1. Departamento de Cundinamarca. Ordenanza No.13 de 1947. Aumento del 20% sobre el sueldo o jornal.

1.1. Naturaleza Jurídica

1.1.1. Salario

1.1.2. Prestación Social

2. Autonomía de las entidades territoriales

2.1. Competencia para determinar el régimen Salarial de los empleados públicos del nivel territorial en la Constitución de 1886 y sus reformas.

2.2. Competencia para determinar el régimen Salarial de los empleados públicos del nivel territorial en la Constitución de 1991.

3. Excepción de inconstitucionalidad.

El señor Ministro del Interior y de Justicia, a solicitud del señor Wenceslao Sánchez Nova, Contralor del Departamento de Cundinamarca, formuló consulta sobre la viabilidad de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad respecto de la Ordenanza No. 13 de 1947, por la cual se establece un reconocimiento del 20% del salario o jornal a algunos empleados públicos y trabajadores oficiales del Departamento. A tal fin solicitó a la Sala absolver el siguiente cuestionario:

"En el evento de aplicarse la excepción de inconstitucionalidad, respecto a la vigencia de la Ordenanza No. 13 de 1947, qué sucede con la situación de las personas a las que a la fecha se les ha reconocido el 20% de sobresueldo a que hacía referencia dicho acto administrativo?

Podría hablarse de derechos adquiridos?

Es viable en razón a la inconstitucionalidad de la Ordenanza No. 13 de 1947 que todas las dependencias de una entidad encargada de su aplicación, dejen de efectuar dicho reconocimiento a las personas que en la actualidad cuentan con el mismo?

A continuación, el señor Ministro citó algunas de las disposiciones de orden Constitucional y legal pertinentes, así como también destacó algunos de los fallos de la Corte Constitucional y de esta Corporación que, en su criterio, resultan aplicables al caso que nos ocupa.

El artículo 150 numeral 19 literal e) que establece como competencia del Congreso "Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública".

El artículo 12 de la ley 4 de 1992, según el cual:

"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 los servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional."

La Sentencia de la Corte Constitucional C-315 de 1995, en la que se analizó la constitucionalidad del artículo 12 de la Ley 4 de 1992; y la Sentencia C-510 de 1999, sobre la competencia para determinar régimen salarial de empleados públicos de las entidades territoriales.

La Sentencia del Consejo de Estado del 5 de noviembre de 1999 (Sin identificar el número del expediente).

El Decreto 1919 de agosto de 2002, "Por el cual se fija el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial".

Problema jurídico

Dos son los problemas jurídicos a resolver con ocasión de la presente consulta; el primero de ellos, a juicio de la Sala, consiste en determinar la naturaleza jurídica del aumento de sueldo o jornal que establece a favor de los empleados públicos y trabajadores oficiales la Ordenanza No. 13 de 1.947 proferida por la Asamblea Departamental de Cundinamarca; el segundo, es dilucidar si existe o no incompatibilidad entre ésta, la Constitución y la ley 4 de 1992, normas que establecen el marco de competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales del nivel territorial.

1. Aumento del 20% del sueldo o jornal que devenguen los empleados públicos y trabajadores oficiales del Departamento de Cundinamarca.

Mediante la Ordenanza No. 13 de 1947, la Asamblea de Cundinamarca estableció a favor de los empleados públicos y trabajadores oficiales del Departamento, que cumplan con los requisitos señalados en dicha norma, lo siguiente:

"Artículo 5º. Los empleados y obreros del Departamento que hayan cumplido veinte años o más, al servicio de Cundinamarca, que no hayan sido pensionados y que se hallen en el ejercicio de sus funciones con una antigüedad no menor de cinco años, sin solución de continuidad, tendrán derecho a un aumento del veinte por ciento del sueldo o jornal que devenguen.

La Gobernación procederá a liquidar en el presupuesto las partidas correspondientes, quedando ampliamente facultada para hacer las operaciones del caso, a fin de dar cumplimiento a esta disposición, la cual regirá desde el día primero de julio próximo".

1.1. Naturaleza Jurídica

Con el fin de establecer la naturaleza jurídica del beneficio establecido en la ordenanza departamental en comento a favor de los servidores del Departamento de Cundinamarca que cumplan con ciertas condiciones de tiempo o permanencia al servicio de esa entidad territorial, la Sala revisará las características de este beneficio, frente a los conceptos de salario y prestación social.

1.1.1. Salario y prestación social

La Sala sin pretender abarcar la copiosa jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia en torno a la noción de salario, de manera sucinta recoge las características que han sido señaladas por estas Corporaciones y que, por lo mismo, contribuyen a identificar, en términos generales, cuándo una suma que recibe un empleado constituye salario:

El salario es una contraprestación que tiene carácter retributivo.

El salario comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado.

El salario es una contraprestación directa y onerosa por la prestación de un servicio.

El salario no opera por la mera liberalidad del empleador.

El salario constituye un ingreso personal del trabajador en su patrimonio.¹

Esta Sala en concepto No. 839/96, hizo énfasis en el concepto de salario para el sector público, en los siguientes términos:

"Desde la expedición de la Ley 83 de 1931, se llama sueldo el pago de los servicios de los empleados públicos, el cual debe hacerse por períodos iguales vencidos y sin que sobrepase el mes calendario; se acepta como una noción restringida que coincide con la asignación básica fijada por la ley para los diversos cargos de la administración pública. El salario, en cambio, es una noción amplia que para el sector público comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones, gastos de representación, etc., 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 (Decreto - ley 1042 de 1978, art. 42). Este concepto, aplicable a la relación legal y reglamentaria, propia del vínculo del servidor público, guarda similitud sustancial con la noción aplicable a las relaciones laborales de carácter privado, cuando el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo dice que constituye salario no sólo la

Concepto Sala de Consulta C.E. 1518 de 2003 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

EVA - Gestor Normativo

remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que adopte. Lo cual permite afirmar que salario es la remuneración ordinaria o contraprestación directa de los servicios prestados por el servidor o trabajador, en una relación laboral de índole legal, reglamentaria o contractual". (Negrilla fuera del texto original).

El Decreto ley No. 1042 de 1978,² en su artículo 42 de manera expresa define el salario, en los siguientes términos:

"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:

Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este decreto;

Los gastos de representación;

La prima técnica;

El auxilio de transporte;

El auxilio de alimentación;

La prima de servicio;

La bonificación por servicios prestados, y

Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión."

En concordancia con lo anterior, en concepto reciente No. 1393 del 18 de julio de 2002, esta Sala con el fin de precisar el alcance de los términos salario y factor salarial, contenidos en la disposición citada, expuso:

"El salario³ "... aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador⁴". En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo (subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones." En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que "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."⁵

El sueldo⁶, tal y como lo precisó esta Sala en Consulta 705 de 1995, es una noción restringida que coincide con la asignación básica fijada por la ley para los diversos cargos de la administración pública, mientras que el salario es una noción amplia que comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

La asignación básica correspondiente a cada empleo, según el artículo 13 del decreto 1042 de 1978, está determinada por sus funciones y responsabilidades, así como por los requisitos de conocimientos y experiencia requeridos para su ejercicio, según la denominación y el grado establecidos en la nomenclatura y la escala del respectivo nivel.

Según el artículo 42 ibídem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador : la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión. "

A partir de la definición legal y de las características generales del concepto de salario, es dable concluir que el aumento del 20% sobre el sueldo o jornal consagrado en la ordenanza departamental objeto de la presente consulta, es salario, en tanto representa un incremento mensual del salario o jornal del servidor público y una remuneración que ingresa a su patrimonio por la prestación continua de sus servicios.

Adicionalmente, en la obra "Derecho del Trabajo", editorial Temis 1976, el profesor Guillermo González Charry, hizo un análisis sobre el factor de antigüedad como parte del salario de un trabajador, que se constituye en un valioso antecedente sobre la finalidad y la naturaleza jurídica que este tipo de incrementos tuvieron en su momento, en los siguientes términos:

"Hay, además, aunque no lo dice realmente el texto del Código, otros factores que deben recordarse al pensar en la equiparación de salarios; el factor de antigüedad. Una razón de organización de las empresas, y un elemento normal de estímulo en cuanto al trabajo y al salario, es el de antigüedad de los trabajadores. Dos personas pueden desempeñar la misma función dentro de una empresa, pero si la una la desempeña desde hace 15 años y la otra desde hace ocho días que entró al servicio, no es justo ni equitativo que ambas reciban la misma remuneración. La que lleva 15 años tiene una gran trayectoria de servicios y seguramente debe tener más práctica. Además, la propia razón del servicio durante un largo tiempo, es fundamento suficiente para un estímulo dentro de la empresa, que generalmente se manifiesta mediante el pago de mejores salarios. Esta es la ley universal, pues generalmente no gana el mismo sueldo el trabajador que entra hoy y el que hace varios años está trabajando, a menos que se trate de casos excepcionales, como por ejemplo, que el trabajador que entra hoy, tenga probablemente las mismas experiencias y las mismas capacidades que el trabajador que desde hace ocho o diez años está trabajando".⁷

Esta Corporación sobre la naturaleza jurídica de la denominada prima de antigüedad o incrementos por antigüedad, ha señalado:

Sentencia del 25 de marzo de 1992, Sección Segunda, expediente No. 4351.

"La prima de antigüedad es factor salarial. Dicha prima es un reconocimiento salarial, que se origina en la permanencia en el servicio del empleado en el servicio y gracias a ella la remuneración mensual se aumenta de acuerdo a los porcentajes establecidos según el tiempo de permanencia."⁷

Concepto del 13 de noviembre de 1992, radicación 477:

"(...) está vigente el derecho a percibir prima de antigüedad, como factor de remuneración. Este consiste en el derecho a percibir al cabo de un año de servicios, según el artículo (...) un incremento del (%) sobre la remuneración".

En el mismo sentido, el profesor Diego Younes Moreno⁸, afirma que la prima o incremento de antigüedad constituye factor salarial, al tiempo que hace un recorrido sobre los antecedentes de esta figura, en el cual se evidencia la tendencia normativa hacia el desmonte de este tipo de beneficios:

"IV. La prima o incrementos por antigüedad. Son también un factor de remuneración, forman parte del salario y, por consiguiente, se deben tener en cuenta para liquidar las prestaciones sociales que indique el decreto 1045 de 1978.

Recorrido normativo.- En principio la causación de este derecho obraba solamente con base en la permanencia exclusiva en el mismo cargo durante dos años (decr. 2285 de 1968).

Mas tarde, el decreto 1912 de 1973 la conservó en la misma forma bianual de aplicación y con base en la permanencia en el mismo cargo, pero estableció como excepción el ascenso o traslado, figuras que no ocasionarían la interrupción del tiempo de reconocimiento de la citada prima, ni acarrearían la pérdida de la remuneración que se hubiese alcanzado por este concepto. (...)

Luego, los decretos de la reforma salarial de 1975 (174 y 230) siguieron consagrando como regla general de causación del beneficio la permanencia en el servicio en el mismo cargo, pero ya durante un año y conservando las excepciones anotadas en su decreto predecesor (...)

Aparte de lo anterior, el artículo 36 del decreto 1950 de 1973 dispone que el encargo no interrumpe el tiempo para efectos de la antigüedad en el empleo de que se es titular.

Sin embargo, estos puntos han perdido actualmente su importancia y aplicación, pues desde el decreto 540 de 1977 no se prevén columnas de antigüedad, o primas de antigüedad propiamente dichas, sino escalas desechables en el año siguiente, sin condicionar el paso de una a otra a un lapso determinado de permanencia en un empleo.

(...)

Las primas de antigüedad quedaron circunscritas a los antiguos funcionarios que a 7 de junio de 1978 estuvieran percibiendo asignaciones correspondientes a la tercera o cuarta columna salarial del decreto 540 de 1977". (Negrilla fuera del texto original).

A la misma conclusión se llega por la vía del análisis del concepto de prestación social, en la medida en que la finalidad del incremento de antigüedad consagrado en la ordenanza departamental no es la de cubrir ninguno de los riesgos o contingencias propios de la prestación del servicio en condiciones de subordinación y dependencia (desocupación, de salud, de vida, de la integridad física, de la pérdida de la fuerza de trabajo).⁹

Esta Sala, en concepto No. 839 de junio 21 de 1.996, estableció las diferencias más significativas entre salario y prestación, las cuales corroboran la conclusión sobre la naturaleza jurídica del incremento señalado en la Ordenanza No. 13 de 1947 para empleados públicos y trabajadores oficiales del departamento de Cundinamarca:

"Las prestaciones sociales, por su parte, han sido establecidas por el legislador "para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo", según la Corte Suprema de Justicia, estando representadas por dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador. Se diferencian del salario, sustancialmente, en que no tienen carácter retributivo o remuneratorio por los servicios prestados, pues el derecho a ella surge en razón

de la relación laboral y con el fin de cubrir riesgos o necesidades. Sin embargo, la ley no siempre es precisa al calificar las prestaciones sociales o la institución salarial."

Al revisar algunos de los decretos expedidos por el Gobernador de Cundinamarca en materia presupuestal y de administración de personal, y sin que esto se esgrima como argumento para determinar la naturaleza del beneficio objeto de la consulta, se observa que el incremento de que trata la ordenanza en comento, ha sido considerado, como un factor salarial por la administración departamental.

En efecto, el Decreto 1728 de 2001, por el cual se modifica el Estatuto de la Administración de Personal para los servidores públicos del Departamento de Cundinamarca, señala en el artículo 121:

"De la Base para liquidar la prima anual de servicios.- La prima a que se refiere el artículo anterior se liquidará sobre los factores de salarios que se determinan a continuación: a.- La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo. b- Los gastos de representación. c.- Los incrementos salariales por antigüedad a que se refiere la ordenanza No. 13 de 1947. Parágrafo.- Para liquidar la prima anual de servicios se tendrá en cuenta únicamente la cuantía de los factores señalados en el presente artículo, que correspondan al servidor público a treinta (30) de junio de cada año o en la fecha que sea retirado del servicio y se cancelará con el pago de la nómina de junio, con la liquidación del servidor al momento de su retiro, en las condiciones aquí previstas y cuando el empleado pase del servicio de una entidad pública a otra, de conformidad con lo previsto en este Estatuto". (Negrilla fuera de texto).¹⁰

Por último, vale la pena precisar que en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre la forma aplicable a las relaciones de trabajo¹¹, al interprete le corresponderá la tarea de analizar, en cada caso, las características de cada uno de los reconocimientos que la ley otorgue a los empleados públicos (habitualidad, riesgo que se pretende cubrir, servicio que se retribuye), pues no toda suma que reciba el título o la denominación de incremento de antigüedad por este sólo hecho constituye salario ni es factor salarial.¹²

2. Autonomía de las entidades territoriales

2.1 Competencia para determinar el régimen Salarial y prestacional de los empleados públicos del nivel territorial.

Partiendo de la conclusión jurídica anterior, esto es que el incremento por antigüedad objeto de la consulta se cataloga como salario y no como prestación social, resulta procedente hacer un breve recuento de las disposiciones que sobre el régimen salarial preveía la Carta de 1886 y sus reformas; así como analizar la viabilidad jurídica de aplicar al futuro la ordenanza departamental No.13 de 1947 frente a las normas constitucionales y legales vigentes.

2.1.1. Competencia para fijar el régimen salarial de los empleados públicos en la Constitución de 1886.

Ya la Sala, a propósito de régimen salarial de los empleados públicos en el nivel territorial, en concepto No.1393/02 presentó una reseña histórica sobre este tema, la cual resulta pertinente mencionar aquí, toda vez que la ordenanza objeto de la consulta se expidió en el año de 1947 y por principio "*los aspectos formales deben fallarse a la luz de las normas vigentes en el momento en que se expidió la disposición habilitante*".¹³

"De todo lo anterior, se tiene que antes de la expedición de la Constitución de 1991, conforme a la reseña histórica el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos presentaba las siguientes características:

a) De 1886 a 1968. 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 6^a 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.

b) 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 -.¹⁴

c) 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 ibídem)¹⁵

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:

¹⁰Acto Legislativo No.1 Reformatorio de la Constitución Nacional (febrero de 1945): **Concepto Sala de Consulta C.E. 1518 de 2003 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil**

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."

Así las cosas, a la luz de la disposición Constitucional vigente a la fecha de expedición de la ordenanza objeto de la Consulta, la Asamblea de Cundinamarca contaba con la facultad constitucional para establecer los sueldos¹⁶ de los empleados de este nivel, por lo tanto, no es dable pretender aplicar hoy la excepción de inconstitucionalidad por falta de competencia sobre un acto que fue regularmente expedido por esa Corporación en su momento.

Recuérdese que la valoración del ejercicio de una competencia debe hacerse "*necesariamente mediante el cotejo de los preceptos vigentes al tiempo en que se efectivizó, mal podría enervarse los efectos de lo que en su momento estuvo correctamente ejercido.*"¹⁷

Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre los efectos del tránsito Constitucional frente a la legislación preexistente, han manifestado claramente que la vigencia de la Constitución de 1991 no trajo consigo la derogatoria en bloque de las normas jurídicas existentes en el momento de su entrada en vigencia.

Esa Corporación al analizar el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente establece algunas reglas para evaluar tanto el aspecto formal como el material de la legislación preexistente, que resultan a juicio de esta Sala, útiles al momento determinar la eficacia de la ordenanza departamental No. 13 de 1947 expedida por la Asamblea de Cundinamarca.

En Sentencia C-14/93, dijo la Corte Constitucional:

"Como se verá más adelante, los fallos a este respecto han sido claros y uniformes en decidir que los aspectos formales de las facultades (temporalidad, precisión, etc) deberán fallarse a la luz de las normas vigentes en el momento en que se expidió la disposición habilitante (Corte Suprema de Justicia, Sentencias 85, 87, 93, 100, 107 y 119 de 1991. También Corte Constitucional, Sentencias C-005, C-221, C-416, C-417,C434, C-435, C-465)

"Por cuanto respecta al contenido material de las facultades otorgadas, las Corporaciones mencionadas han señalado que la dilucidación de su alcance y naturaleza deberá hacerse de acuerdo con los parámetros establecidos en concreto por la Constitución de 1991.

"Aunque los criterios establecidos constituyen, como lo veremos, pautas generales para el tratamiento de situaciones en que se hallan presentes hechos similares, la especificidad de éstos -tal como ocurre en el presente negocio- exige obviamente una adecuada revisión a partir no sólo de principios consagrados en el ordenamiento sino de sus desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios.

"Tal es lo que esta Corte se propone hacer seguidamente, para lo cual será preciso partir y desarrollar en la medida necesaria las siguientes premisas fundamentales, a saber:

- La regla de la aplicación inmediata de la Constitución.(2)
- La regla de la subsistencia de la legislación preexistente (3)
- La aplicación y alcance del artículo 90 de la ley 153 de 1887.(4)

"2. Cuando se habla de la aplicación inmediata de la Constitución de 1991 con el alcance de una regla general, esta Corte quiere significar que ella se aplica a todos los hechos que se produzcan después de su promulgación así como a todas las consecuencias jurídicas de hechos anteriores a ella, siempre que en este último caso tales consecuencias aparezcan después de su vigencia.

"Tradicionalmente se ha explicado la razón de ser de esta regla arguyendo que es la que mejor corresponde a la voluntad del Constituyente comoquiera que se presume que la norma nueva es mejor que la antigua.

"De otra parte, la necesidad de evitar dificultades insalvables en la práctica que puedan traducirse en incertidumbre o caos hace que deban respetarse aquellos efectos surtidos plenamente durante la vigencia de la norma anterior.

"Tal como se desprende del artículo 380, la aplicación inmediata de la Constitución de 1991 es consecuencia obligada de la derogación de la Constitución de 1886 con todas sus reformas y la vigencia de la nueva Carta a partir del día de su promulgación, prescripciones ambas expresamente establecidas por voluntad del Constituyente.

"No puede abrigarse duda alguna que la Carta de 1991 se aplica en forma inmediata y hacia el futuro tanto a aquellos hechos que ocurran durante su vigencia como a las situaciones en tránsito de ejecución. No así, por el contrario, a aquellas situaciones jurídicas que alguna doctrina prefiere denominar consolidadas y no simplemente concretas, como lo propuso en su momento Bonnecase.

"En consecuencia, no cabe oponer derecho alguno frente a la Constitución vigente cuando quiera que sea clara la voluntad del Constituyente en el sentido de negarlo.

"Así se satisfacen las exigencias concretas del principio de seguridad y certidumbre en cuanto a la vigencia y validez de la columna portante del ordenamiento jurídico. Ella se convertirá en la fuente suprema de su legitimación. Su presencia habrá de manifestarse progresivamente en los demás niveles, en la medida en que sea necesario establecer caso por caso y de manera concreta su eventual observancia o desconocimiento de la Carta vigente. Esta es, por su naturaleza, una operación posterior que implica siempre un juicio acerca del carácter ejecutable o no de una

norma frente a la Constitución.

"3. Pero con respecto a la legislación preexistente las exigencias del principio de seguridad jurídica y certidumbre se satisfacen de una manera diversa. En efecto, la regla dominante en este nuevo universo normativo reconoce que el tránsito constitucional no conlleva necesariamente la derogación de todas las normas expedidas durante la vigencia de la Constitución derogada. Por tanto, la legislación preexistente conserva toda su vigencia en la medida en que la nueva Constitución no establezca reglas diferentes.

"Lo anterior es también exigencia ineludible de la necesidad de evitar traumatismos que en algunos casos bien podrían conducir al caos del ordenamiento o, cuando menos, a una manifiesta incertidumbre acerca de la vigencia de sus normas.

"Es por eso que la Corte Suprema de Justicia ha negado que la vigencia de la Constitución de 1991 haya derogado en bloque el ordenamiento inferior preexistente y ha reconocido el efecto retrospectivo de la nueva preceptiva constitucional en los siguientes términos:

"La nueva preceptiva constitucional lo que hace es cubrir retrospectivamente y de manera automática, toda la legalidad antecedente, impregnandola con sus dictados superiores, de suerte que, en cuanto haya visos de desarmonía entre una y otra, la segunda queda modificada o debe desaparecer en todo o en parte según el caso; sin que sea tampoco admisible científicamente la extrema tesis, divulgada en algunos círculos de opinión, de acuerdo a la cual ese ordenamiento inferior fue derogado en bloque por la Constitución de 1991 y es necesario construir por completo otra sistemática jurídica a partir de aquella. Tal es el alcance que debe darse al conocido principio de que la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente, acogido explícitamente entre nosotros por el artículo 90 de la ley 153 de 1887, el cual, como para que no queden dudas, añade: "Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubstancial" (subraya la Corte). A la Corte Suprema, pues, le incumbe decidir de mérito los asuntos que como juez constitucional se le han encomendado." (Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia 85. Magistrado Ponente: Dr. Pedro Escobar Trujillo).

"La doctrina, por su parte, destaca que la subsistencia de la legislación preexistente sólo se afecta cuando ella tiene una diferencia de carácter material y no simplemente procedural con la nueva Constitución y, por tanto,

"La incompatibilidad entre la Constitución y la Ley es algo más que la simple diferencia; para que se entienda que el texto legal ha desaparecido del ordenamiento por inconstitucional, no basta con que el asunto se regule en la Constitución en forma diferente, sino que la diferencia debe llegar al nivel de la incompatibilidad, es decir, que sean proposiciones contradictorias las contenidas en la Constitución y la ley. Pero para que la norma legal desaparezca del ordenamiento, no necesariamente debe ser inconstitucional, ya que como se verá más adelante, lo que opera en estos casos en realidad no es la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ni la declaratoria de inexequibilidad en juicio objetivo de constitucionalidad, sino, que procede la derogatoria de la legislación preexistente, como claramente se ha advertido" (Atehortúa Ríos, Carlos Alberto. Uribe Correa, Sergio. *El Tránsito de Legislación*. en: "12 Ensayos sobre la Nueva Constitución". Señal Editora, Medellín 1991. pp 111, 112.)

"4. Puesto que por las razones aducidas, la regla general es la de la subsistencia de la legislación preexistente, la diferencia entre la nueva Constitución y la ley preexistente debe llegar al nivel de una incompatibilidad real, de una contradicción manifiesta e insuperable entre los contenidos de las proposiciones de la Carta con los de la ley preexistente. Por tanto, no basta una simple diferencia.

"Es esto lo que en forma clara y contundente consagra el texto del artículo 90 de la ley 153 de 1887, norma que ha resistido airosa el transcurso del tiempo y que resuelve problemas derivados de la vigencia de la Carta de 1991 sin contradecir su espíritu sino, muy por el contrario, de acuerdo con el mismo, tal como se desprende de su texto:

"La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubstancial."(Subraya la Corte).

"Es claro que la norma transcrita consagra también como principio general la subsistencia de la legislación preexistente. Ésta sólo desaparece del universo del ordenamiento cuando entre ella y la nueva Carta exista un grado de incompatibilidad tal que se traduzca en una abierta contradicción entre el contenido material o el espíritu de ambas normas.

"Todo lo anterior supone un análisis de profundidad realizado por el juez competente quien será, en últimas, el llamado a determinar la naturaleza y alcance de la contradicción. No toda diferencia, se repite, implica contradicción de la voluntad del Constituyente."

Más adelante, el fallo en comento hace énfasis en la norma aplicable al momento de valorar el ejercicio de una competencia y determinar la validez de una disposición.

"(...) tanto la Corte Suprema de Justicia como esta Corporación han tenido ya ocasión de expresar que el análisis debe realizarse conforme al ordenamiento constitucional vigente en el momento en que fueron conferidas las facultades, tal como se desprende de los pronunciamientos expresos sobre la materia que a continuación se transcriben:

"... considera la Corporación que la valoración del ejercicio de una competencia, esto es, la definición acerca de si un órgano estatal obró o no de conformidad con las reglas que la fijan, debe hacerse necesariamente mediante el cotejo con los preceptos vigentes al tiempo en que se efectivizó, dado que por constituir éstos su fuente de validez son los que determinan la regularidad de su ejercicio. Mal podrían enervarse los efectos de lo que en su momento estuvo correctamente ejercido desde el punto de vista de la competencia, por el solo hecho de que en un momento ulterior se produjere un cambio normativo, pues ello equivaldría a asignarle efectos retroactivos al nuevo ordenamiento respecto de actos con cierta emisión dentro del término y con los demás requisitos exigidos por el antiguo, ya se había consumado o agotado el ejercicio de

Concepto Sala de Consulta C.E. 1918 de 2003 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

EVA Gestor Normativo

la competencia correspondiente"

"Téngase en cuenta además, que la validez formal de la expedición de un acto, en la que queda incluido el elemento de la competencia de su autor, depende, de acuerdo con criterios de aceptación general en materia de aplicación de la norma jurídica en el espacio y en el tiempo, de la ley vigente en el lugar o en el momento de su celebración, plasmadas en los conocidos aforismos 'locus regit actum' y 'tempus regit actum'. En otras palabras, la nueva ley sobre competencia y forma regirá "ex nunc", no "ex tunc".

" Así que en este preciso punto está lejos de tener cabida el fenómeno de la retroactividad de la nueva Constitución; al contrario, lo que sucede es que la de 1886 continúa proyectando efectos aún después de perder vigencia o aplicabilidad. Para el caso, los efectos de la norma de facultades se objetivan en los decretos de desarrollo, cuya supervivencia depende de aquella, entratándose de competencias y rituación".

"Por otra parte, de optarse por una solución diferente se causarían traumatismos de incalculables consecuencias a la sociedad, al sumirla en la incertidumbre sobre la vigencia de gran parte del ordenamiento jurídico por el que se venía rigiendo. Piénsese por ejemplo, en lo que implicaría para el país la posible desaparición, de un momento a otro, de casi todos los códigos, expedidos -como han sido- en desarrollo de facultades extraordinarias que hoy, según el artículo 150-10 de la Constitución que hace poco entró en vigor, no pueden emplearse para semejante propósito; o la del sistema tributario nacional, condensado en el Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989) que igualmente es fruto de esta clase de facultades, no utilizables tampoco a partir de la Constitución de 1991, paracretar impuestos en virtud del mismo precepto superior citado" (Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 25 de Julio de 1991. M.P. Dr. Pedro Escobar Trujillo.)".

A partir de los pronunciamientos anteriores¹⁸ y, como quiera, que la norma constitucional vigente al momento de la expedición de la Ordenanza Municipal otorgaba competencia al órgano autor de dicho acto jurídico para fijar los sueldos de los empleados del nivel departamental, no es viable, hoy por hoy, so pretexto del cambio de competencia previsto en materia de régimen salarial desde de la reforma de 1968, restarle a dicho acto su validez y eficacia en el ordenamiento jurídico del cual forma parte¹⁹, máxime si se considera que sustancial y materialmente, tampoco existe norma superior (Constitucional o Marco) que proscriba la existencia un beneficio como el creado a raíz de la ordenanza 13 de 1947 a favor de los servidores públicos del nivel territorial.

No sobra advertir, que una situación jurídica distinta se presenta, como se verá más adelante, a propósito de actos expedidos por corporaciones públicas del nivel territorial en vigencia de la Constitución de 1991, en cuya expedición se arroga facultades que actualmente se encuentran en cabeza del Congreso y del Gobierno, para los cuales sí resulta aplicable la excepción de inconstitucionalidad con el fin de hacer prevalecer el orden Constitucional.²⁰

2.1.2. Competencia para fijar el régimen salarial de los empleados públicos en la constitución de 1991.

En efecto, de conformidad con las normas constitucionales vigentes, las competencias en materia de régimen salarial se distribuyen así:

a) Al Congreso le corresponde:

"ART. 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:

"a) (...)

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública, y

f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogárselas." (Negrilla fuera de texto original).

b) Al Gobierno le está atribuido:

"ART. 189.- Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

"(...) 14.- Crear, fusionar o suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central, señalar sus funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos. El Gobierno no podrá crear con cargo al Tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropaciones iniciales.(negrilla no son del texto original).

c) A las Asambleas Departamentales les compete:

"ART. 300.¿Modificado. A. Leg. 1º/96, art. 2º. 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 fuera de texto original).

d) A los Gobernadores les corresponde:

"Art. 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.".

Por su parte, el artículo 12 de la ley 4 de 1992, prevé:

"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 servidores²¹ guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional." (Negrilla fuera del texto original).

Sobre el alcance de las disposiciones transcritas, es relevante destacar algunos apartes de la Sentencia de la Corte Constitucional [C-510/99](#), citada por el señor Ministro en la consulta, en la cual esa Corporación analiza comparativamente las disposiciones de la Constitución de 1886 y la Constitución de 1991 en materia de competencia para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos:

"La Constitución de 1991: Órganos competentes para fijar los emolumentos de los servidores públicos.

3.1. Uno de los cambios que introdujo la Constitución de 1991 a las competencias del Congreso de la República, se refiere a la facultad del órgano legislativo para determinar los emolumentos de los servidores públicos.

En vigencia de la Constitución de 1886, el acto legislativo No. 1 de 1968 modificó el artículo 76, numeral 9 original de ésta, e introdujo para la materia que él regulaba el concepto de las leyes cuadro del derecho francés, al establecer la competencia del legislador para "...fijar las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleo", al tiempo que le asignó al Presidente de la República la facultad de "...fijar sus dotaciones y emolumentos... con sujeción a la leyes a que se refiere el ordinal 9 del artículo 76...". Al referirse a la competencia del legislador y del Presidente de la República en esta materia, la Corte Suprema de Justicia, en su momento, afirmó que estos artículos tenían que entenderse en el sentido según el cual la Constitución le asignaba al primero la atribución de crear la parte estática y permanente de la administración, mientras el segundo tenía la función de hacerla dinámica, mediante el ejercicio de atribuciones administrativas.

La Constitución de 1991, por su parte, al regular lo relativo a las atribuciones del Congreso de la República, estableció en el artículo 150, numeral 19, literal e), que a éste le corresponde dictar normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular, entre otras materias "el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública." (subrayas fuera de texto)

El Constituyente de 1991, entonces, conservó el concepto que venía desde la reforma constitucional de 1968, en relación con la necesidad de la existencia de una competencia compartida entre el legislador y el ejecutivo en la regulación de determinadas materias, una de ellas la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre otros servidores del Estado, en donde la función del primero se debe limitar a establecer unos marcos generales, unos lineamientos que le circunscriban al segundo la forma como éste ha de desarrollar su actividad reguladora para los asuntos específicamente señalados por la propia Constitución.

3.2. En relación con la determinación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, a diferencia de lo que acontecía en vigencia de la Constitución de 1886, en donde el Congreso era quien señalaba la escala de remuneración de los distintos empleos, hoy, el legislador debe simplemente fijar los principios y los parámetros que el Gobierno ha de tener en cuenta para establecer no sólo la escala de remuneración sino los demás elementos que son propios de un régimen salarial y prestacional". (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, en relación con el nivel de autonomía que le cabe a los entes territoriales en esta materia, la Corte en la sentencia en comento, señaló:

"Significa lo anterior que pese a la autonomía y facultades que la Constitución reconoce a las corporaciones públicas administrativas de los distintos entes territoriales y a sus jefes máximos en materia salarial (artículos 287; 300, numeral 7, 313, numeral 6; 305, numeral 7 y 315, numeral 7 de la Constitución), la competencia de éstos se encuentra circunscrita no sólo por la ley general que sobre la materia expida el Congreso de la República, sino por las normas que, dentro de su competencia, dicte el Gobierno Nacional para el desarrollo de la mencionada ley. Al respecto, esta Corporación ha dicho:

"... resulta claro que la expedición de las normas que regulan el fenómeno de la función pública en el sector departamental y municipal, son de competencia exclusiva y excluyente de los órganos centrales, vale decir, del Congreso de la República y del Presidente de la República; en efecto, la determinación del régimen prestacional y salarial de los empleados departamentales y municipales se encuentra constitucionalmente establecido en el artículo 150 superior.

"En vigencia de la nueva Carta, el régimen de salarios y prestaciones sociales de los empleados públicos del orden territorial, es competencia concurrente del Presidente de la República, de acuerdo con los objetivos y criterios señalados por el legislador mediante normas de carácter **Concepto Sala de Consulta C.E. 1518 de 2003 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil** **EVA - Gestor Normativo**

general o leyes marco según lo dispone la función 19, literales e), f) del artículo en mención de la Carta de 1991...

"De lo anterior se desprende que la técnica de las leyes marco es empleada por el constituyente y el legislador con el fin de distribuir las competencias sobre determinadas materias para otorgar mayor solidez, legitimidad y planificación en las políticas sobre presupuesto, gasto público y distribución racional de la función pública.

"Ahora bien, a juicio de la Corte las competencias en materia salarial deferidas al Congreso de la República y al Gobierno son complementadas por el constituyente en el orden territorial con las funciones atribuidas a las autoridades seccionales y locales, como en el caso de las Asambleas Departamentales y al Gobernador y a los concejos municipales y al alcalde...." (Cfr. Sentencia C-054 de 1998. Magistrado ponente, doctor Fabio Morón Díaz).

"4.2. Dentro de este contexto, se pregunta, ¿cuál es el marco de competencia de las corporaciones públicas territoriales en materia salarial y prestacional de los empleados de su administración?

"En cuanto a la asignación salarial, la respuesta se encuentra en el párrafo del artículo 12 de la ley 4^a de 1992, cuando señala que "El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores -se refiere a los de las entidades territoriales- guardando equivalencia con cargos similares en el orden nacional".

"Esta atribución que radicó la ley general de salarios y prestaciones en cabeza del Gobierno Nacional, fue declarada exequible por esta Corporación en sentencia C-315 de 1995. En esa oportunidad, la Corte consideró que la competencia del Gobierno para fijar el límite máximo salarial de la remuneración de los empleados de los entes territoriales, armonizaba con los principios de economía, eficacia y eficiencia que rigen el gasto público, y no desconocía ni la competencia que la Constitución expresamente otorgó a las autoridades de estos entes para fijar, por una parte, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos dentro de su jurisdicción (artículos 300, numeral 7 y 313, numeral 6 de la Constitución) y, por otra, para determinar los emolumentos de los empleos de sus dependencias (artículos 305, numeral 7 y 315, numeral 7 de la Constitución), como tampoco cercenaba el principio de autonomía de que trata el artículo 287 de la Constitución. (...)

Dentro de este contexto, ha de colegirse que la competencia para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, en el marco de la Constitución de 1991, requiere una interpretación sistemática y coherente de sus mandatos, a efectos de hacer compatible la autonomía que se reconoce a los entes territoriales, en especial, el que hace referencia a la facultad de gobernarse por autoridades propias (artículo 287, numeral 1), con el esquema del Estado colombiano definido como una República unitaria, para lograr que las atribuciones de los distintos órganos a nivel central y territorial no resulte anulada. En otros términos, que la forma como llegue a ejercer uno cualesquiera de estos órganos su función, no niegue o invalide la de los otros.

"4.3. En estos términos, para la Corte es claro que existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, así: Primero, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero, las asambleas departamentales y concejos municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto, los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las asambleas departamentales y concejos municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional." (Negrilla fuera del texto original).

En estos términos, es dable concluir que, a partir de la reforma constitucional de 1968, la competencia para la fijación del régimen salarial de los empleados públicos del nivel territorial varió sustancialmente.

En efecto, las Asambleas Departamentales pasaron de tener una potestad amplia consistente en fijar el sueldo de los empleados departamentales, a asumir una competencia, cuyo contenido corresponde a una fase más técnica en la organización de los servidores públicos de ese nivel, en virtud de la cual, le corresponde a estos órganos "*Determinar (...) la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleo.*"^{22 -23}. Disposición ésta que es prudente reiterar, no tiene efectos retroactivos sobre una ordenanza expedida aproximadamente veinte años antes de dicha reforma, como tampoco, los puede tener la Constitución de 1991.

No obstante, considera la Sala procedente pronunciarse sobre el alcance de la facultad que actualmente tienen las Asambleas para fijar la escala salarial de los empleos del departamento, pues a pesar de las precisiones realizadas por la Corte Constitucional respecto al régimen de competencia en materia salarial,²⁴ no es dable desconocer que este tema sigue presentando algunas dificultades de interpretación.

Si bien es cierto, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han reiterado la existencia de una competencia concurrente entre el Congreso, el Gobierno y las entidades territoriales para determinar el régimen salarial de sus empleados públicos de ese nivel, también lo es que en no en pocas ocasiones, se utilizan en expresiones como la siguiente: le compete al gobierno "*señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador*", la cual, interpretada fuera de contexto, pueden conducir a conclusiones a todas luces equivocadas, como por ejemplo que la competencia de las entidades territoriales en materia de salarios, solamente se limita a la observancia de los topes máximos señalados por el Gobierno y, por lo tanto, siempre y cuando el tope se conserve, es viable a las Asambleas y a los Concejos crear factores salariales adicionales.

¿Qué implica, entonces, fijar el régimen salarial? ¿Qué significa establecer la escala salarial?

Fijación del Régimen Salarial

En el concepto de esta Sala número **1393 de 2002** se analizó el marco de competencia de cada una de las autoridades en la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, cuyas conclusiones permiten encontrar la coherencia debida para fijar el alcance de las atribuciones aquellas:

"A partir de la Constitución de 1991 se derivan las siguientes consecuencias:

- a) El Congreso de la República está facultado para expedir la ley marco a la cual debe sujetarse el gobierno nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.
- b) El gobierno fija el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los órdenes - nacional, seccional o local -, bien que pertenezcan al nivel central de la administración, ora al nivel descentralizado función que, en todo caso, es indelegable en las corporaciones públicas territoriales, las cuales no podrán arrogárselas. De esta manera, para el caso concreto formulado en la consulta, es importante resaltar que el régimen prestacional de los servidores públicos del Distrito es fijado por el gobierno nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la ley 4^a de 1992 (art. 129, decreto 1421/93).
- c) En igual forma, el gobierno establece el régimen salarial de los empleados públicos de la administración central a nivel nacional y, al efecto, fija sus dotaciones y emolumentos.
- d) El régimen salarial de los empleados públicos de la administración central del Distrito se fija de manera concurrente, con la intervención del Congreso, el gobierno nacional, el concejo distrital y el alcalde mayor. Así, el concejo tiene facultad para determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos y el alcalde fija los emolumentos de los empleos de sus dependencias, con arreglo a los acuerdos correspondientes, dentro de los límites señalados por el gobierno nacional.
- e) El régimen salarial de los empleados públicos de las entidades descentralizadas del Distrito también se fija de manera concurrente, con la intervención del Congreso, el gobierno nacional, y las juntas directivas de tales entes, según se analizó.
- f) El límite máximo salarial de todos los servidores públicos de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados por servicios, es establecido por el gobierno guardando equivalencias con cargos similares del orden nacional, de manera que aquéllas no pueden desbordar ese marco²⁵. El gobierno nacional, para dar desarrollo al parágrafo del artículo 12 de la ley 4^a de 1992, el 17 de diciembre de 2001 expidió el decreto 2714 y fijó el límite máximo de la asignación básica salarial mensual de los empleados públicos de las entidades territoriales para el año 2001 - el cual a juicio de la Sala sigue rigiendo hasta tanto no se expida el correspondiente para el año 2002 -; dispuso, además, que de conformidad con lo establecido por el decreto 2406 del 30 de noviembre de 1999²⁶, las prestaciones sociales de estos servidores "... así como los factores salariales para su liquidación, serán determinadas por el Gobierno Nacional"²⁷ (art. 2º) y, por último, prohibió a las autoridades autorizar o fijar asignaciones básicas salariales mensuales que superen los límites máximos allí señalados, por lo que cualquier disposición en contrario carece de todo efecto y no crea derechos adquiridos.²⁸

En este sentido y con referencia a otro de los puntos de la Consulta, advierte la Sala que las juntas directivas de las entidades descentralizadas del orden distrital, tienen autonomía para fijar el régimen salarial de sus empleados públicos, con respeto del límite máximo establecido en el decreto 2714 de 2001 y demás normas relacionadas con la materia - como por ejemplo el decreto 2712 de 1999 -, y con fundamento en los factores salariales determinados por el gobierno nacional para la liquidación de las prestaciones sociales.".

Entonces, resulta claro que el Congreso a través de la ley marco señala los parámetros que el Gobierno debe tener en cuenta al fijar el régimen salarial de los empleados públicos del nivel territorial y al Gobierno le corresponde fijar el régimen salarial de los mismos, expresión que la Sala, en concordancia con algunos pronunciamientos de la Sección Segunda de esta Corporación, entiende como la facultad de fijar todos los elementos del régimen salarial, crear salarios y definir los factores salariales:

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Expediente No. 17.409 del 30 de octubre de 1997. Suspensión Provisional de la Ordenanza No. 073 de 1993 que otorgaba el derecho al 25% de la asignación básica mensual como sobresueldo.

"Del anterior cotejo normativo surge de modo ostensible el quebrantamiento de la norma constitucional, pues mientras ésta dispone que le corresponde al Congreso Nacional dictar las normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos sin hacer ninguna restricción, es decir, se refiere a todos los empleados públicos (...)

De acuerdo con lo anterior, es claro que la Asamblea Departamental no tiene la facultad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados del Departamento respectivo, no se contempla en el artículo 300 de la C.N., esa función."

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 1 de marzo de 2001, fallo reiterado en Sentencia del 9 de agosto de 2001. Expediente Nos.1562-2000 y 0155-2001, respectivamente. Asamblea Departamental del Meta. Ordenanza No.075 de noviembre de 1995. Reconocimiento a empleados con quince (15) años de servicio ininterrumpido:

"Los órganos corporados administrativos del orden territorial no tienen competencia para crear salarios y prestaciones extra legem.

Para el juzgador, es forzoso inaplicar, haciendo uso de la vía de excepción contemplada en el artículo 4 de la C.P., el contenido de la Ordenanza a través de la cual el libelista fundó la prosperidad de las pretensiones".

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 30 de enero de 2003. Expediente No. 1502-2002. Asamblea Departamental del Meta .Ordenanza No. 075 de1995

"Consecuentemente con lo planteado por la Sala, carecen de fundamento jurídico las pretensiones de la demandante encaminadas al reconocimiento del 25% de la asignación básica mensual como sobresueldo, con apoyo en lo establecido en el artículo 23 de la ordenanza No. 075 de1995, dictada por la Asamblea del Departamento del Meta, ya que al disponerlo así esta corporación administrativa para los empleados de la citada entidad territorial que hubiesen cumplido 15 años de servicios ininterrumpidos, excedió las facultades constitucionales, razón por la cual lo previsto en tal sentido en la referida ordenanza resulta inaplicable (...)."

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 29 de marzo de 2001, Expediente No. 6179-(3241-00). Asamblea Departamental del Meta. Ordenanza No.025 de noviembre de 1992. Sobresueldo del 25% de la asignación básica mensual.

"Conforme a las normas transcritas (art.300(7) y 305 (7)), para la Sala no existe duda de que la Asamblea del Meta, a través de la norma demandada ejerció funciones que no le competen, al fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden territorial con la inclusión de sobresueldos no autorizados por la ley.

(...) Se presenta, entonces, una competencia compartida entre el legislador y el ejecutivo para estos efectos: aquél determina unos parámetros generales conforme a los cuales éste ha de fijar todos los elementos propios del régimen salarial y prestacional."

A juicio de parecer reiterativos, llama la atención la Sala en el sentido que la posición expuesta en los fallos transcritos y, las decisiones de inaplicar las Ordenanzas que contemplan incrementos salariales por antigüedad en el nivel territorial, se refieren a actos jurídicos expedidos con posterioridad a la Constitución de 1991, respecto de los cuales, ésta Corporación ha estimado que se presenta una abierta contradicción, en la medida en que con esa actuación la Asamblea Departamental, se abrogó una facultad que constitucionalmente no le correspondía.

Escala Salarial

Ahora bien, corresponde a la Sala revisar el contenido de la expresión "escala salarial" con el fin de establecer a la luz de la Constitución vigente, si con base en la facultad constitucional otorgada a las Asambleas departamentales, éstas pueden crear salario y factores salariales.

Sea lo primero, remontarnos a la reforma Constitucional de 1968, por ser éste el momento histórico en el cual, se modificó el régimen de competencia de las Asambleas en materia salarial, y se les atribuyó la función de establecer la escala salarial de los empleados departamentales.

El doctor Jaime Vidal Perdomo, en la publicación denominada "La reforma Constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos", sobre la competencia de la Asamblea para fijar la escala salarial de las distintas categorías de empleos en el nivel departamental, señala:

"(...) El ordinal 5º del artículo 187 extrae a la esfera departamental la técnica ya empleada en el ordinal 9 del artículo 76 sobre la organización administrativa. Dicho ordinal del artículo 187 confiere la iniciativa al gobernador y la decisión de la asamblea para determinar la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos".²⁹

Al estudiar el alcance de la facultad del Congreso para fijar la escala salarial en el nivel nacional³⁰, el mismo autor expone:

"la ley es la que agrupa los diferentes empleos en categorías y define la remuneración correspondiente a cada una de las categorías ; el gobierno dentro de esas escalas, determina el sitio que corresponde a cada uno de los empleos, lo cual equivale a determinar el sueldo concreto asignado a cada uno de ellos."

Extrapolando el concepto de escala salarial de la reforma del 68 como facultad del Congreso, a la competencia de las Asambleas Departamentales en este aspecto, se evidencia que éste consiste en la agrupación o clasificación de los empleos del nivel departamental en las diferentes categorías señalando en forma escalonada las consecuencias económicas que se derivan de dicha categorización.

En concordancia con lo anterior, en la búsqueda del alcance de esta expresión, se encuentra que el Decreto 1042 de 1978, mediante el cual, se fijó la escala salarial de los empleos públicos nacionales, en su artículo 21 señala que la aplicación de las escalas comprende sustancialmente dos actividades, a saber:

"(...) señala los grados de remuneración que corresponden a las distintas denominaciones de empleo. (...) indica la remuneración básica para cada uno de los grados (...)."

Cabe destacar que el artículo deja a salvo de la actividad de fijar escalas, la asignación de los incrementos de antigüedad que existían para los Concepto Sala de Consulta C.E. 1518 de 2003 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

empleados del orden nacional:

"Por consiguiente, los empleados públicos a quienes se aplica el presente decreto recibirán, el 1º de enero de 1979, la asignación básica que corresponda al grado de remuneración fijado para su cargo en la tercera columna sin perjuicio de los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente decreto".³¹

Igualmente, sobre el contenido de la expresión escala salarial, considerada en la ley 4 de 1992 como un elemento del sistema salarial³², la Corte Constitucional, en Sentencia C-416 de 1992, señaló:

"En efecto, la nomenclatura de los empleos públicos es un catálogo, repertorio o relación clasificada de las plazas en que los servidores del Estado prestan a éste sus servicios, o, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia al resolver sobre acción similar a la que nos ocupa, una "distribución jerarquizada y escalonada de los empleos del sector oficial, al cual corresponde una tasa diferencial de salarios, de desarrollo vertical, de manera tal que cargos del mismo nivel y categoría se retribuyan con la misma remuneración"³³; las escalas de remuneración no son otra cosa que los grados o niveles dentro de los cuales se ubican los salarios que el Estado reconoce a sus servidores; el régimen de comisiones, viáticos y gastos de representación está circunscrito a la normatividad aplicable a esos rubros en aspectos tales como la previsión de los eventos en que se causan las reglas para su cuantificación, los procedimientos para su cobro, reconocimiento y pago; la facultad de fijar asignaciones mensuales, bonificaciones e incrementos de salarios se agota cuando se determina el monto de ellos." (Negrita fuera de texto)

Atendiendo el llamado que hace la Corte Constitucional, en la sentencia C-416/92 sobre una providencia de la Corte Suprema de Justicia, proferida el 22 de noviembre d 1990, expediente No. 2157, en la que se trató el tema relativo a unas facultades otorgadas al Presidente de la República para fijar la nomenclatura y escalas de remuneración, la Sala considera pertinente añadir a la cita, lo expresado por la Corte Suprema:

"Como se ha dicho, el Presidente fue habilitado para establecer dos instituciones del sistema remuneratorio: la nomenclatura de los empleos y la escala de remuneración. El catálogo o nomenclatura de los empleos es la expresión de la clasificación técnica, racional y objetiva en la cual se agrupan las categorías y niveles de los diferentes cargos, vale decir, es distribución jerarquizada y escalonada de los empleos del sector oficial, al cual corresponde una tabla diferencial de salarios, de desarrollo vertical, de manera tal que cargos del mismo nivel y categoría se retribuyan con la misma remuneración." (Negrita fuera de texto).

Doctrinariamente, se define escala salarial o tabla salarial, en los siguientes términos:

"Tabla salarial. Concepto. Empezamos por ella porque es la espina dorsal del sistema salarial y consiste en un ordenamiento numérico contentivo de los diferentes grados de remuneración que pueden existir, ubicados desde el inferior hasta el superior, para hacerles corresponder a cada uno de ellos determinadas consecuencias económicas, las que se reconocen por unidad de tiempo de servicio.

Obviamente, la tabla de remuneraciones en sí sola carece de mayor o menor significación y lo definitivo en ella son los criterios e instrumentos para su utilización y manejo. Así, los procedimientos de clasificación de puestos descritos en el capítulo que antecede, servirán posteriormente para referir y encuadrar en los grados mayores los puestos más elevados en cada serie o denominación y en los inferiores los distinguidos por las tareas más elementales, según la diferente dificultad o complejidad que los empleos presenten. Por lo tanto, es la clasificación del proceso que tenderá a ubicar acertada y razonablemente un empleo dado."³⁴

El tratamiento normativo y doctrinario que ha recibido esta noción, reafirma la tesis de la Sala sobre el carácter técnico de la competencia de las Asambleas Departamentales en materia salarial, que no comprende, ni puede comprender la facultad de crear salario o factores salariales sino que se limita a la fijación en abstracto de las escalas de remuneración para las distintas categorías de empleos. En todo caso, como resultado de sumar la asignación básica asignada a la categoría respectiva y los factores previstos como complementarios del salario, no se pueden vulnerar los límites fijados por el Gobierno Nacional en esta materia.

La anterior interpretación es acorde con la finalidad última de las normas vigentes en la materia, que buscan racionalizar el gasto burocrático en todos sus niveles.³⁵

En concordancia con lo expuesto, en el Decreto 693 de 2002, el Gobierno haciendo precisamente uso de la facultad constitucional que le confiere el numeral 19, literal e) del artículo 150 de la Carta, señala que los factores salariales de los empleados del régimen territorial serán fijados por el Gobierno, en los siguientes términos:

"ART. 3º-De conformidad con lo establecido por el Decreto 2406 del 30 de noviembre de 1999, las prestaciones sociales de los empleados públicos del nivel territorial, así como los factores salariales para su liquidación serán determinadas por el Gobierno Nacional."³⁶

3. Excepción de Inconstitucionalidad

A pesar que la consulta se dirige a establecer los efectos de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de la ordenanza departamental No.13 de 1947, el análisis de los puntos antecedentes, conduce a la Sala a replantear la hipótesis de la que parte la entidad consultante, en la medida en que desde el punto de vista jurídico, en el caso que nos ocupa, no es viable aplicar la excepción prevista en el artículo 4 de la Constitución Política, por las razones que se exponen a continuación:

La regla general en materia de tránsito constitucional es la permanencia de la legislación preexistente³⁷.

Bajo la anterior premisa, es necesario distinguir entre dos fenómenos jurídicos: la inconstitucionalidad sobreviniente y la inaplicabilidad por incompatibilidad consagrada en el artículo 4º superior:

"La inconstitucionalidad sobreviniente es el fenómeno jurídico al que ya hemos hecho referencia y se presenta cuando una disposición originalmente constitucional y por tanto exequible, por razón de la nueva constitución se convierte en inconstitucional, esto genera para el caso particular la inaplicación, pero desde el punto de vista del derecho objetivo, debe aceptarse que en realidad lo que se ha presentado es el fenómeno de la derogatoria, así lo prevé el artículo 9 de la ley 153 de 1887, al fijar criterios de interpretación de la ley:

"Artículo 9º. La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente"

"La inconstitucionalidad sobreviniente se predicará sólo respecto de leyes vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Constitución y como se ha afirmado tantas veces, produce un fenómeno jurídico asimilado parcialmente a la derogatoria."

(...) La inaplicabilidad. Se denomina inaplicabilidad un fenómeno jurídico fundamentalmente diferente a los que venimos analizando, ya que ella no presupone la comparación lógica entre una nueva Constitución y legislación preexistente, sino a la inversa, se trata de analizar la situación de las leyes, decretos y demás normas jurídicas que resulten contrarias a la Constitución que les es preexistente a su expedición. Es decir, en estos casos la inconstitucionalidad no será sobreviniente sino que la norma cuya inaplicabilidad se discute deberá haber sido expedida con posterioridad a la nueva Constitución, ya que si le es anterior lo procedente jurídicamente será alegar su derogatoria.

La inaplicabilidad que aparece consagrada en el artículo 4 de la nueva Constitución, mejora el antiguo 215 de la Constitución de 1886, y supera la discusión que se tuvo frente al artículo 192, que establecía la aplicación obligatoria de las ordenanzas y acuerdos mientras no fueran anuladas o suspendidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El artículo 4º no sólo establece la prevalencia de la Constitución sobre la ley, sino además sobre todas las demás normas jurídicas"³⁸

Siendo la ordenanza 13 de 1.947 del Departamento de Cundinamarca, anterior a la Constitución de 1.991, no resulta aplicable la excepción de que trata el artículo 4º de la Carta.

Si bien es cierto, la Constitución de 1991, regula en forma diferente la competencia de las Asambleas Departamentales para establecer el régimen salarial de los empleados públicos, no por ello debe considerarse que la Ordenanza Departamental No. 13 de 1947, es incompatible con la Carta y que por ende, existe ésta y aquella una incompatibilidad sobreviniente.

Las disposiciones de orden constitucional expedidas con posterioridad a la expedición de dicha ordenanza modificando la competencia de las Asambleas Departamentales no tienen la virtualidad de afectar perse la validez de la disposición. La competencia del órgano autor del acto jurídico debe someterse a las normas vigentes en el momento en que dicho acto nació a la vida jurídica.

Así las cosas, las normas expedidas por una autoridad competente conservan su vigencia hasta tanto la autoridad a la que le fue atribuida dicha competencia la ejerza y expida una nueva reglamentación. Este tema lo explican suficientemente al analizar el problema práctico del tránsito de legislación dos profesores de derecho constitucional, citados por la Corte Constitucional en Sentencia C-014/93.

"La diferencia que afecta la legislación por entrada en vigencia de una nueva Constitución deberá ser material y no formal o procedural, esto es, la variación de la competencia para expedir una norma no hace que pierdan vigencia de inmediato las expedidas por el organismo que antes era competente y que ya no lo es, demos por caso que un asunto en cuanto a su reglamentación era de competencia de los concejos municipales en el antiguo orden y el nuevo orden le otorga competencia para regularlo a los alcaldes, las normas que expedieron los concejos siguen vigentes hasta tanto el alcalde no ejerza su nueva competencia, claro ésta, eso sí, el concejo ha perdido competencia para reformar, derogar o reglamentar el asunto en el futuro."³⁹

Como quiera que la situación descrita anteriormente es palmariamente la misma de la consulta, y que los pronunciamientos en torno al tránsito de legislación acogidos por la Corte Constitucional parten de la regla de la permanencia de la legislación preexistente, resulta claro, para esta Sala que respecto a la Ordenanza Departamental No. 13 de 1947, no es predictable ninguno de los dos fenómenos jurídicos a que se ha hecho alusión en el presente capítulo, en la medida en que materialmente, la consagración del incremento por antigüedad como factor salarial no está proscrito por la Carta, por el contrario, es el propio artículo 58 de la Constitución, el que protege los derechos adquiridos con arreglo a las leyes.

En este estado de las cosas, lo procedente, entonces, es determinar si existe una norma dentro de nuestro ordenamiento, en la cual, los órganos competentes para fijar el régimen salarial de los empleados públicos en el nivel territorial, hayan proscrito o regulado en forma diferente el incremento de salario en razón a la antigüedad para los servidores públicos de este nivel, con el fin de establecer si la ordenanza ha sido derogada por alguna disposición posterior.

Ni la ley 4 de 1992, que establece las normas generales sobre el régimen salarial de los empleados públicos, ni los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, en los cuales se fija el límite máximo salarial para los empleados públicos del nivel territorial, y se establece que es el Gobierno el que establece los factores salariales, han tratado el tema del incremento salarial por antigüedad, ni han regulado su desmonte, como sucedió en el nivel nacional (Artículo 49 del Decreto 1042 de 1978, en concordancia con el Decreto 540 de 1977).⁴⁰

claramente, que "los factores salariales serán determinados por el Gobierno Nacional, esta disposición opera hacia el futuro y, por lo tanto, hasta tanto el Gobierno no (sic) reglamente esta materia, no puede predicarse de disposiciones como la que hoy nos ocupa, una derogatoria tácita por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores".⁴¹

Llama la atención de la Sala que en la revisión normativa, no se encontró una disposición que contemple de manera general el régimen salarial y los factores salariales aplicables a los empleados públicos de este nivel, tan sólo se encontraron algunos decretos aislados como es el caso del Decreto 2712 de 1.999 y el 693 de 2.002, que establecen los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación del auxilio de cesantías para los servidores públicos del orden territorial.⁴²

Por último, en concepto de la Sala, toda vez que la ordenanza departamental está vigente, es necesario para efectos de continuar reconociendo un derecho cuyo título es válido, revisar por parte de la entidad territorial que las erogaciones que se están efectuando correspondan a los límites máximos fijados por el Gobierno Nacional en el Decreto 693 de 2002, pues en este caso, al existir disposición expresa, el ente departamental no puede pretermitir su aplicación.

En cuanto a la facultad de la Asamblea Departamental para ordenar un incremento en el jornal de los trabajadores oficiales, es dable señalar que, toda vez que estos tienen un régimen distinto al de los empleados públicos del nivel territorial, si este aumento salarial se consagra en la respectiva convención, podrá perfectamente aplicarse, pero con la claridad de que la fuerza vinculante no la otorga la ordenanza, sino el acuerdo de voluntad entre las partes.

Sobre la diferencia entre el régimen salarial del empleado público y del trabajador oficial, esta Sala ha señalado:

"Por contraste, conforme a la Carta, el trabajador oficial funda su relación laboral en un contrato que le permite pactar mejores condiciones salariales y prestacionales, amen de celebrar o ser beneficiario de pactos o convenciones colectivas de trabajo y de laudos arbitrales."⁴³

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala RESPONDE:

1. 2 y 3 .- De conformidad con lo expuesto en este concepto, respecto a la Ordenanza No. 13 de 1947 expedida por la Asamblea Departamental de Cundinamarca no resulta aplicable la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4 de la Carta.

Por la Secretaría transcríbase al señor Ministro del Interior y de Justicia y envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSANA MONTES DE ECHEVERRI

Presidente de la Sala

GUSTAVO APONTE SANTOS

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil . Concepto radicado bajo el número: 954 del veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997)."De conformidad con la ley, constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas o comisiones. Según jurisprudencia coincidente de esta corporación y de la Corte Suprema de Justicia se requiere: que exista una relación laboral; que la suma recibida corresponda a la contraprestación que el empleador debe al trabajador no sólo por la prestación de sus servicios sino por el hecho de ponerse bajo la permanente subordinación del primero; que no corresponda a una gratuidad o mera liberalidad del empleador y que, además no sea habitual, y que constituya un ingreso personal del trabajador y, por tanto, que no corresponda a lo que éste recibe en dinero o en especie para desempeñar a cabalidad las funciones encomendadas por el empleador. (Negrilla fuera del texto original).

Consejo de Estado. Sentencia 4635 del 7 de abril de 1994. Expediente No. 4635. Sección Cuarta.- "En la medida en que el pago se haga regularmente en forma habitual o que, aún cuando se efectúe por única vez, exista obligación de pagarlo, constituye retribución del servicio y por lo tanto es salario"

Corte Constitucional. Sentencia. 1218/01. (...) "la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, afirman que, para el sector público, el concepto de salario comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución a sus servicios, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones, gastos de representación, etc., adicionales a la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos".

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 839 del veintiuno (21) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

2 Decreto 1042 de 1978. Aplicable en el Orden Nacional.

3 "(Del lat. *Salarium*, de *sal*, *sal.*)m. Estipendio, remuneración de un trabajo o servicio.// 2. En especial, cantidad de dinero con que se retribuye a los trabajadores manuales." (Diccionario de la Lengua Española, vigésima edición, 1984).

4 Sentencia del 12 de febrero de 1993, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Dr. Hugo Suescún Pujols.

5 Esta Sala en Consulta del 6 de diciembre de 1967 dijo: "Tanto en el sector público como en el privado, debe considerarse como sueldo o salario para los efectos legales, toda retribución cuya naturaleza sea, por su habitualidad, propósito y circunstancias, la de remunerar los servicios personales del trabajador en beneficio directo y principal de éste, aunque otra sea su denominación y el pago se descomponga en diferentes partidas." En consultas 705 de 1995 y 785 de 1996, también se estudió el tema.

6 "(Del lat. *Solidus.*) m. ...3. Remuneración asignada a un individuo por el desempeño de un cargo o servicio profesional." Remuneración: "Acción y efecto de remunerar.// 2. Lo que se da o sirve para remunerar." Remunerar "Recompensar, premiar, galardonar." (diccionario citado). La ley 83 de 1831, dispuso en su artículo 24 que "Los sueldos y salarios deberán ser pagados por períodos iguales y vencidos, en moneda legal."

7 González Charry, Guillermo. Derecho del Trabajo. Editorial Temis. Bogotá 1976. Pág. 342

8 Younes Moreno, Diego. Derecho Administrativo Laboral. Novena Edición. Temis. Año 2001. Páginas 98,99 y 100.

9 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 1393 del 18 de julio de 2002.

10 Gobernación de Cundinamarca. Decreto No. 1969 de 1996.- Estatuto de Administración de Personal para los servidores públicos del Departamento de Cundinamarca. Los artículos 117, 118 y 124, consagran los incrementos de remuneración a que se refiere la ordenanza No. 13 de 1947, como factor de salario para liquidar la prima de vacaciones, la prima anual de servicios y, la prima de navidad, respectivamente.

11 Décimo Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Lemos Bustamante, Jesús María. "Algunos Temas Controversiales de la Jurisprudencia Actual del Consejo de Estado. (...) Este principio es expresión de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas (Art. 228 C.P.) pues, por encima de las formalidades utilizadas por los contratantes para definir la clase de relaciones que los unen, deberá el juez, por exigírselo la Constitución, examinar la realidad, los hechos que la configuran, y con base en ellos determinar las normas aplicables".

12 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia 9 de noviembre de 2001. Expediente No. 50422-23-31-000-961-866-01. Referencia No. 2013-2001."Las prestaciones sociales, por su parte, han sido establecidas por el legislador "para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo", están representadas por dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador. Se diferencian del salario, sustancialmente, en que no tienen carácter habitual u ordinario, su reconocimiento es por consiguiente ocasional y procede siempre que se subsuman las condiciones de tiempo de servicio.

"De acuerdo a los anteriores postulados, aprecia la Sala que la mentada prima de antigüedad (...), no es de carácter habitual, tampoco es un incremento salarial que origine el aumento de la remuneración mensual según el tiempo de servicios, sino que se causa por una sola vez, circunstancia que permite afirmar que por ser percibida de manera única atendiendo el tiempo de servicios, ello descarta el carácter de periodicidad que identifica a la prima de antigüedad como factor salarial (...)" . (Subrayado del texto original).

13 Corte Constitucional. Sentencia C-014/93

14 Ver Consulta 1184 de 1999.

15 "Constitución de 1886. Acto Legislativo No. 1 de 1968.- Artículo 76.-Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: (...) 9) Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales". 10) Regular los otros aspectos del servicio público (...)" .

"Artículo 187. Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas: (...) 5) Determinar a iniciativa del Gobernador, la estructura de la Administración Departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo".

"Artículo 194. Son atribuciones del Gobernador.- (...) 9) Crear, suprimir y fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales, y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus emolumentos, con sujeción a las normas del ordinal 5º del artículo 187.

El Gobernador no podrá crear con cargo al Tesoro Departamental obligaciones que exceden el monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto que adopte la Asamblea".

16 Se anota que la concepción de la noción de sueldo para la época en que fue expedida la ordenanza No. 13, no puede entenderse en el sentido restringido que hoy por hoy se le otorga a dicha expresión.

18 Corte Constitucional C-155/99; C-177/94; C-423/95; 176/96; C-256/98; C-416/92.

19 Decreto 1222 de 1986. "Art. 85.- Las ordenanzas de las asambleas y los acuerdos de los concejos municipales son obligatorias mientras no sean anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.(C.P.art.192)".

20 "12 Ensayos sobre la Constitución de 1991. Editorial Señal. El tránsito de Legislación. Atehortúa Ríos Carlos, Correa Uribe Sergio. Profesores de Derecho Constitucional. Universidad de Antioquia. "Se denomina inaplicabilidad un fenómeno jurídico fundamentalmente diferente a los que venimos analizando, ya que no presupone la comparación lógica entre una nueva Constitución y legislación preexistente, sino a la inversa, se trata de analizar la situación de las leyes, decretos y demás normas jurídicas que resultan contrarias a la Constitución que les es preexistente a su expedición. Es decir, en estos casos la inconstitucionalidad no será sobreviniente sino la norma cuya inaplicabilidad se discute deberá haber sido expedida con posterioridad a la nueva Constitución, ya que si le es anterior lo procedente jurídicamente será alegar su derogatoria".

21 Ver artículo 14 del decreto 2710 de 2001.

22 Acto Legislativo No. 1 de 1968. Artículo 57.Num.5.

23 Decreto 1222 de 1986. "ART. 60.-Corresponde a las asambleas, por medio de ordenanzas: (...) 5. Determinar, a iniciativa del gobernador, la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo".

24 Corte Constitucional. Sentencias C-315/95; C-510/99; C-1218/01

25 Pueden verse las consultas 924 de 1997, 1220 de 1999, la sentencia de la Sección Primera de esta Corporación del 13 de junio de 1996, expediente 3429, y la sentencia C- 510 de 1999 de la Corte Constitucional.

26 El decreto 2406 de 1999 estableció el límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales para el año 2000.

27 Por decreto 2712 de 1999, el gobierno nacional fijó los factores salariales para el reconocimiento y liquidación del auxilio de cesantía de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades territoriales: asignación básica, gastos de representación, prima técnica, cuando constituye factor de salario, dominicales y feriados, horas extras, auxilio de alimentación y transporte, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, viáticos que reciban los empleados públicos y trabajadores oficiales, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio, prima de vacaciones, valor de trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

28 "...los órganos corporados administrativos del orden territorial no tienen competencia para crear salarios ni prestaciones desbordando lo dispuesto por los preceptos superiores." (Sentencia del 29 de marzo de 2001 la Sección Segunda, Subsección "B" de esta Corporación, expediente 6179 (3241-00).

29 Vidal Perdomo, Jaime. *La Reforma Constitucional de 1968 y sus Alcances Jurídicos*. Editorial Presencia 1970. Pág. 281. "Determinación de la estructura de la administración departamental y creación de las entidades descentralizadas.

30 Acto Legislativo No.1 de 1968

31 Decreto 1042 de 1978. Artículo 49.- De los incrementos de salario por antigüedad. Las personas que a la fecha de expedición de este decreto estén recibiendo asignaciones correspondientes a la 3^a o 4^a columna salarial del Decreto 540 de 1977, por razón de los incrementos de antigüedad establecidos en disposiciones legales anteriores, continuarán recibiendo, hasta la fecha en la cual se produzca su retiro del respectivo organismo, la diferencia entre el sueldo básico fijado para el empleo en la segunda columna y el de la tercera o cuarta columna, según el caso.(...)."

32 Ley 4 de 1992.- "ART. 3º¿El sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos".

33 C.S.J., Sala Plena: Sentencia No.173. Noviembre 22 de 1990. Ponente: Magistrado Rafael Méndez Arango.

34 Younes Moreno, Diego. *Derecho Administrativo Laboral*. Ed. Temis. Año 2001. Pág.98

35 LEY 617/00 "Artículo 74. Atribuciones de los gobernadores y alcaldes. El gobernador y el alcalde en ejercicio de las funciones establecidas en los artículos 305 numeral 7º y 315 numeral 7º de la Constitución Política respectivamente, podrán crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley, las ordenanzas y los acuerdos respectivamente. El gobernador con cargo al tesoro departamental no podrá crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado. El alcalde no podrá crear obligaciones que excedan el monto globalmente fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado. Para dar cumplimiento a los efectos de la presente ley".

36 Nota el Decreto 693 de 2002, derogó el Decreto 2714 de 2001, que consagraba una disposición en el mismo sentido.

37 Corte Constitucional. Sentencia C-155/99. "El principio de aplicación inmediata significa que, como regla general, tal normatividad conserva su vigencia, salvo que resulte contradictoria con el nuevo régimen".

38 12 *Ensayos sobre la Constitución de 1991. Editorial Señal. El tránsito de Legislación. Atehortúa Ríos, Carlos Alberto. Correa Uribe Sergio. Profesores de Derecho Constitucional. Universidad de Antioquia.*

39 12 *Ensayos sobre la Constitución de 1991. Editorial Señal. El tránsito de Legislación. Carlos Alberto Atehortúa Ríos. Sergio Uribe Correa-*

40 Decreto 1042 de 1.978 aplicable a Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del Orden Nacional.

Decreto 540 de 1.977

41 Consejo de Estado. Sentencia No. 5267 de 1999. Sección Primera.

42 Decreto 2712, "ART.2º-Factores salariales para la liquidación de cesantía. Para la liquidación del auxilio de cesantía de los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden territorial, se tendrán en cuenta los siguientes factores salariales, siempre y cuando hayan sido autorizados mediante norma de carácter legal:

Asignación básica mensual

Gastos de representación;

Prima técnica, cuando constituye factor de salario;

Dominicales y feriados;

Horas extras;

Auxilio de alimentación y transporte;

Prima de navidad;

Bonificación por servicios prestados;

Prima de servicios;

Viáticos que reciban los empleados públicos o trabajadores oficiales, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;

Prima de vacaciones;

Valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio".

43 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. [Concepto No. 1393/02](#).

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 07:59:04