

# CONSEJO DE ESTADO

## SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Bogotá, D.C., noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008)

Consejero Ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Radicación No. 1.878 -ACLARACIÓN

Número Único: 11001-03-06-000-2008-00009-00

Referencia: Prima de antigüedad. Validez de acto administrativo particular y concreto expedido con base en un acto general declarado nulo. Protección especial del salario.

### 1. Antecedentes

Mediante Concepto 1878 del 29 de abril de 2008, esta Sala absolvió una consulta del Ministerio de Educación Nacional, en relación con el valor y alcance de la Sentencia del Tribunal Administrativo de la Guajira del 6 de marzo de 2003, que declaró la nulidad de la Ordenanza 019 de 1981 de la Asamblea Departamental de la Guajira<sup>1</sup>, por la cual se creaba una prima de antigüedad para los empleados de esa entidad territorial. Los interrogantes planteados en esa oportunidad surgían porque con anterioridad a ese fallo del año 2003, había existido otra sentencia del Consejo de Estado del año 1992 en la que se negó la nulidad de la misma ordenanza, al encontrarla ajustada al régimen de competencias de la Constitución Política de 1886, habida cuenta que la prima de antigüedad establecida en ella no era una prestación social sino que formaba parte del salario de los empleados departamentales, lo que en la Constitución Política anterior podía ser regulado directamente, según el Consejo de Estado, por las Asambleas Departamentales<sup>2</sup>.

Al respecto, esta Sala señaló en el concepto en cita, que los fallos judiciales en firme son obligatorios y que, por ende, su cumplimiento no se encuentra sujeto a la evaluación particular de sus destinatarios, más aún cuando éstos son empleados públicos, quienes están especialmente obligados a acatar las decisiones judiciales.

---

<sup>1</sup> Por medio de la cual se crea una prima de antigüedad a favor de los empleados departamentales

<sup>2</sup> Según el Consejo de Estado, mientras que, las prestaciones sociales de los servidores territoriales sólo podían ser regulados por el Congreso y el Gobierno por medio de la técnica de leyes cuadro o marco, en relación con el salario, la Constitución Política de 1886 le daba competencias para su determinación a los entes territoriales, de manera que en ese sentido la Ordenanza 019 de 1981 no presentaba problemas de constitucionalidad ni de legalidad.

La Sala también recordó que conforme al artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, las sentencias que niegan la nulidad de un acto administrativo -como la proferida por el Consejo de Estado en 1992-, tienen efecto de cosa juzgada únicamente en relación con la "*causa petendi*", de manera que el mismo acto administrativo puede ser objeto de nuevas demandas por cargos distintos, que es lo que ocurrió en el caso concreto con el fallo del Tribunal Administrativo de la Guajira, por el cual se declaró en el año 2003 la nulidad de la Ordenanza 019 de 1981.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala concluyó entre otros aspectos, que más allá de que las autoridades departamentales no compartieran el sentido del fallo, lo cierto era que a partir

de la declaratoria de nulidad de la Ordenanza 019 de 1981 ésta quedaba retirada del ordenamiento jurídico y, por ende, no era posible reconocer nuevas primas de antigüedad con base en ella; que, por tanto, los actos de reconocimiento de la prima de antigüedad expedidos con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia del Tribunal Administrativo de la Guajira, podrían estar viciados de nulidad, *"situación que correspondería determinar a los jueces competentes en cada caso particular, si la administración no obtuviera el consentimiento expreso para su revocatoria y decidiera demandarlos"*.

## **2. La solicitud de aclaración**

En escrito radicado el 22 de julio de 2008, el Ministerio de Educación Nacional señala que a partir del concepto dado por esta Sala, han surgido algunos interrogantes en relación con la posibilidad de seguir pagando las primas de antigüedad reconocidas antes de la declaratoria de nulidad de la Ordenanza 019 de 1981. Específicamente se hacen las siguientes preguntas:

*"1. ¿Las primas reconocidas por la entidad territorial hasta la fecha de expedición de la sentencia que declaró la nulidad de la Ordenanza 019 de 1981, constituyen derechos adquiridos a favor de los funcionarios a quienes se le reconoció?*

*2. Si el derecho al pago de la prima reconocida por la Ordenanza 019 de 1981 constituyera un derecho adquirido, ¿qué efectos genera el fallo emitido por el Tribunal Administrativo de la Guajira el 6 de marzo de 2003 respecto de los funcionarios beneficiarios de dicha prima? ¿tienen derecho a que se les continúe pagando dicha prima?*

*3. En el evento que la respuesta sea afirmativa, ¿quién debe asumir el pago de las mismas, esto es, la Nación o el Departamento de la Guajira, en la medida que la vigencia del parágrafo 3° del artículo 15 de la Ley 715 de 2001 ha sido prorrogada en virtud de los artículos 80 de la Ley 812 de 2003, 13 de la Ley 917 de 2004 y 37 de la Ley 1151 de 2007?*

*4. De ser la Nación, en concepto de esa Sala, la obligada a dicho pago ¿cómo podría efectuarlo, sin que ello conlleve una vulneración de la limitación contemplada en el inciso tercero del artículo 38 de la Ley 715 de 2001 que establece que a los docentes, directivos y administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por la ley?"*

## **CONSIDERACIONES**

### **1. El planteamiento del problema**

Tal como se ha expuesto, la solicitud de aclaración se orienta a determinar en sus preguntas 1 y 2, cuál es la situación jurídica en general de los funcionarios departamentales a quienes, conforme a la Ordenanza 019 de 1981 de la Asamblea Departamental de la Guajira, se les reconoció la prima de antigüedad antes de que la misma fuera declarada nula por el Tribunal Administrativo de la Guajira en sentencia del 6 de marzo de 2003.

Igualmente se indaga de manera específica, a partir de las preguntas 3 y 4, sobre el caso de las personas vinculadas al sector educativo (docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos), para dilucidar cuál es su situación frente a dicha ordenanza y en particular quién debe asumir el pago de la prima de antigüedad (entre la Nación y el Departamento), en caso de considerarse que esas personas en concreto tenían derecho a la misma.

Para resolver tales problemas, la Sala abordará su estudio en dos partes:

1) Inicialmente se referirá a los aspectos generales de la Ordenanza 019 de 1981 y a la posibilidad de que a partir de la misma hubieran nacido situaciones consolidadas a favor de los empleados de la entidad territorial. Para ello abordará los siguientes temas: (i) el carácter salarial de la prima de antigüedad prevista en referida ordenanza; (ii) La sujeción de dicho acto al ordenamiento constitucional anterior; (iii) los efectos de la nulidad de los actos administrativos generales y el respeto de las situaciones consolidadas; (iv) la protección de los

derechos adquiridos en los procesos de transición legislativa; y (y) conclusiones.

2). Posteriormente, estudiará de manera específica la situación particular de los servidores del sector educativo y la entidad responsable de la financiación de su prima de antigüedad en caso de considerar que su pago no puede suspenderse.

## **2. La Ordenanza 019 de 1981 y la posibilidad de que a su amparo hubieran surgido situaciones consolidadas, protegidas por la ley.**

### **2.1 Carácter salarial de la prima de antigüedad creada por la Ordenanza 019 de 1981.**

Según la Sentencia del Consejo de Estado del 25 de marzo de 1992, en la que se negó la nulidad de la Ordenanza 019 de 1981, la prima de antigüedad creada por ésta tiene carácter salarial y no simplemente prestacional<sup>3</sup>, en la medida que se adiciona a la asignación básica mensual y, por ende, forma parte de la remuneración que como contraprestación por el servicio prestado reciben los empleados departamentales beneficiados con ella<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> La ratio decidendi de la sentencia estuvo centrada, precisamente, en el carácter salarial de la prima de antigüedad establecida por la Asamblea de la Guajira, lo que en el contexto de la Constitución Política de 1886 le daba competencia a ese ente territorial para su creación.

<sup>4</sup> Recuérdese el contenido del artículo 1º de la Ordenanza 019 de 1981, transcrito en el concepto cuya aclaración se solicita:

Sobre ese aspecto, lo decidido por el Consejo de Estado guarda coherencia con diversas providencias de la misma corporación en las que de manera general se ha reconocido el carácter salarial de las primas de antigüedad<sup>5</sup>.

Tal calificación se ajusta por demás a la noción de salario que comprende *"todo pago recibido del empleador que además de tener un propósito retributivo constituya un ingreso personal del funcionario y sea habitual"*, lo cual es importante tratándose de relaciones laborales de tipo legal y reglamentaria, *"pues para el empleado público, todo pago de NATURALEZA salarial, es decir, retributivo, habitual y que constituye parte del ingreso personal, debe considerarse salario para todos los efectos laborales (...)." <sup>6</sup> (subraya fuera de texto)*

Cabe decir, además, que la naturaleza salarial de la prima creada por la Ordenanza 089 de 1981, no fue contradicha por la Sentencia del Tribunal Administrativo de la Guajira del año 2003, pues ésta solamente se basó, de manera general, en la distribución de competencias en materia salarial y prestacional contenida en la Constitución Política de 1991 y en la Ley 4 de 1992, sin entrar a calificar la naturaleza jurídica del respectivo pago.

Dicho lo anterior, la Sala recuerda que conforme a los artículos 2º (efectividad de los derechos) 25 (derecho al trabajo en condiciones dignas y justas) y 53 de la Constitución (derecho a remuneración vital y móvil e irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales), el salario del trabajador está protegido por un principio general de intangibilidad, que se refleja, entre otros aspectos, en el derecho a mantener su valor<sup>7</sup> y a que el mismo no sea afectado sino por las causas previstas en la ley<sup>8</sup>.

---

"ARTICULO PRIMERO. La Prima de Antigüedad se reconocerá y pagará, a los empleados de planta del Departamento, Contraloría Departamental, Asamblea Departamental y de los Institutos Descentralizados en los términos y porcentajes que a continuación se establecen:

1. Cuando el empleado público o trabajador oficial de que trata el artículo primero de la presente Ordenanza tenga tres (3) años y menos de cinco (5) años de servicio se le reconocerá y pagará un 10% con base en el último sueldo devengado.

2. Cuando el empleado público o trabajador oficial tenga más de cinco (5) años y menos de diez (10) años de servicio se le reconocerá y pagará un 15% con base en el último sueldo devengado.

3. Cuando el empleado público o trabajador oficial tenga más de diez (10) años y menos de quince (15) años de servicio se le reconocerá y pagará un 20% con base en el último sueldo devengado.

4. Cuando el empleado público o trabajador oficial tenga más de quince (15) años de servicio se le reconocerá y pagará el 25% con base en el último sueldo devengado."

<sup>5</sup> Sentencia del 24 de julio de 2008.M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Exp. 2002-02573, En Concepto 1393 del 18 de julio de 2002, M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, la Sala describió de manera detallada los elementos que componen el salario de los servidores del Estado -entre ellos la prima de antigüedad- y los distinguió de aquéllos otros que constituyen prestaciones sociales. Igualmente, sobre la consideración de la prima de antigüedad como factor salarial pueden verse la Sentencia del 29 de junio de 2006, Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado, M.P. Tarcisio Cáceres Toro; Sentencia del 3 de marzo de 2005, Sección Segunda, M.P. Margarita Olaya Forero. Igualmente, la Sentencia C-813 de 2001 de la Corte Constitucional.

<sup>6</sup> Sentencia del 28 de septiembre de 2006, M.P. Jaime Moreno García, exp. 2004-0374.

<sup>7</sup> Al respecto pueden verse, entre otras, las Sentencias C-1433 de 2000, 1064 de 2001 y 931 de 2004, sobre derecho de los trabajadores a mantener el valor de los salarios. En la Sentencia C-1064 de 2001 se dijo: "No obstante, la Corte Constitucional estima que una interpretación sistemática de la Constitución permite en efecto afirmar que con base, entre otros, en los fines de construir un orden social justo (Preámbulo y artículo 2), los principios fundamentales de Estado social de derecho, dignidad humana, solidaridad y trabajo, los deberes sociales del Estado – entre ellos los que tienen que ver con promover y garantizar la prosperidad y el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y la efectividad de los principios,

Es así como el trabajador tiene derecho a ordenar sus necesidades básicas y las de su familia (alimentación, salud, educación, vivienda, etc.) con base en el ingreso que recibe de su empleador, sea éste público o privado, lo que genera una relación directa entre el salario, como elemento de la relación laboral, y la dignidad y mínimo vital del trabajador.<sup>9</sup>

Ahora bien, cabe señalar que tal protección del salario no se limita al "salario mínimo legal" sino que se extiende en general al nivel de ingreso de cada trabajador<sup>10</sup>, cuya reducción puede tener impacto en las condiciones de vida de su

---

*derechos y deberes consagrados en la Constitución; tomar medidas para que la igualdad sea real y efectiva; proteger especialmente al trabajo en todas sus modalidades; garantizar los medios para que las pensiones mantengan su poder adquisitivo constante; asegurar la igualdad de oportunidades para todas las personas – y el mandato del Estado de intervenir de manera especial para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, es posible fundamentar un derecho constitucional en cabeza de los trabajadores a mantener el poder adquisitivo real del salario (...) La anterior interpretación está acorde con numerosas sentencias de esta Corporación en el sentido en que el reajuste salarial, fundado en la dignidad humana, no comprende exclusivamente el salario mínimo."*

<sup>8</sup> Sentencia C-556 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Siguiendo esta regla se señaló por ejemplo en la Sentencia C-880 de 2003, que si bien el Gobierno puede fusionar entidades con diferente régimen laboral, dicha facultad tiene límites claros en "los derechos de los trabajadores a la estabilidad laboral y a no ser desmejorados en sus salarios y prestaciones sociales.", lo que significa que la Administración debe ofrecer a los servidores públicos la posibilidad de que puedan pasar a la nueva entidad "con las mismas o mejores condiciones salariales o prestacionales que las que tenían en el régimen anterior o, en su defecto, al reconocer que existe un desmejoramiento en estos aspectos, caso en el cual debe ofrecerle una compensación." Igualmente, frente al caso particular de un acuerdo municipal que dispuso la reducción de los salarios de los empleados municipales, la Corte Constitucional señaló que tal reducción comportaba "una violación de los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y justas, en lo que concierne con el reconocimiento al trabajador de una remuneración mínima y móvil que garantice adecuadamente su derecho al mínimo vital" (Sentencia T-266 de 2000)

<sup>9</sup> En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional señaló en Sentencia C-1098 de 2001 que la Constitución Política prohíbe por regla general la variación negativa de los salarios de los funcionarios vinculados al Estado (salvo un fin constitucionalmente imperioso) y que, por tanto, decisiones legislativas en ese sentido solo pueden tener efectos hacia futuro, es decir, en relación con quienes lleguen a ingresar al servicio y no así respecto de quienes ya tienen una situación

salarial consolidada. En esta sentencia la Corte Constitucional declaró inexecutable apartes de la Ley 617 de 2000, que disponían que la reducción de categoría de los departamentos y municipios conllevaba el ajuste salarial automático de sus empleados: "Además, lo que está en juego en este caso no es la movilidad del salario ni el criterio para su aumento. Por el contrario, los párrafos acusados ordenan que los salarios sean nominalmente reducidos, de manera automática, generalizada e incondicionada. Esto menoscaba los derechos de los trabajadores y viola de manera directa una prohibición expresa. En efecto, el último inciso del artículo 53 dice: "La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores." Igualmente, Sentencia T-1280 de 2005, en la que la Corte Constitucional consideró violatorio del mínimo vital y del derecho al trabajo en condiciones dignas, la decisión de la Administración de reducir el ingreso mensual de un personero como consecuencia de la reclasificación del municipio, pues consideró que los funcionarios que fueron elegidos o nombrados antes de que se diera dicha circunstancia, tenían claramente un derecho a mantener "el salario que venían devengando".

<sup>10</sup> En Sentencia SU-955 de 1999, al referirse a las condiciones para la procedencia de la acción de tutela para el pago de salarios, la Corte señaló que "Si bien ciertos criterios económicos permiten fijar un salario mínimo, como base ineludible para la negociación colectiva o individual del salario entre las partes de una relación laboral, ésta es una medición que no agota el aludido concepto de mínimo vital protegida por la Constitución, ni puede identificarse con él sin dar al traste con la cláusula del Estado Social de Derecho y desnaturalizar el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 Superior. En efecto, cada individuo que ingresa al mercado laboral -independientemente del estrato que ocupe-, recibe una retribución económica que, en principio, constituye la base de los gastos de manutención que plausiblemente espera cubrir y de las carencias que aspira superar. De ahí, que

núcleo familiar más próximo. En tal sentido, la jurisprudencia ha señalado que la noción de "mínimo vital", corresponde a un concepto cualitativo y no cuantitativo del ingreso, por lo que "debe partirse de la premisa jurisprudencial según la cual la cifra que garantiza la preservación del mínimo vital no necesariamente es equivalente a la del salario mínimo legal mensual"<sup>11</sup>.

Lo expuesto determina que el análisis de la validez formal o de vigencia de los reconocimientos de prima de antigüedad que se hicieron antes de que la Ordenanza 019 de 1981 fuera declarada nula, debe tener en cuenta también las garantías constitucionales del trabajador y de su salario, a partir de la protección constitucional de los derechos adquiridos en materia laboral y de los principios pro operario y de interpretación más favorable, que obligan a dar prevalencia a la situación más beneficiosa en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho (arts. 53 y 58 C.P.)<sup>12</sup>.

Por tanto, como se está frente a un componente salarial que se suma a la asignación básica mensual de los empleados beneficiados con ella, considera la Sala que por mandato constitucional, la Administración deberá preferir una interpretación de la normatividad vigente que promueva, antes que restrinja o reduzca, la protección de las situaciones salariales consolidadas conforme a derecho.

## **2.2 La sujeción de la Ordenanza 019 de 1981 al ordenamiento constitucional y legal vigente al momento de su expedición.**

Sobre ese punto, la Sala observa que según lo determinó el Consejo de Estado en su Sentencia del 25 de marzo de 1992, la Ordenanza 019 de 1981 se adoptó respetando el régimen constitucional y legal de competencias vigente al momento de su expedición, habida cuenta que para ese momento las entidades territoriales tenían la facultad de regular **los salarios** de sus servidores. Dijo el Consejo de Estado:

*"El asunto se contrae a determinar si se ajusta o no a derecho la Ordenanza 019 de 1981 de la Asamblea Departamental de la Guajira, por medio de la cual 'se dictan normas sobre la*

---

*la idea de un mínimo de condiciones decorosas de vida (v.gr. vestido, alimentación, educación, salud, recreación), no va ligada sólo con una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo, de las circunstancias propias de cada individuo, y del respeto por sus particulares condiciones de vida"*.

<sup>11</sup> Sentencia T-030 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Se dijo además: "La jurisprudencia ha señalado que el concepto de mínimo vital se relaciona directamente con las condiciones mínimas de supervivencia, congruentes racionalmente con las condiciones de vida de un sujeto específico, por lo que no puede equipararse, escuetamente y sin perjuicio del concepto de igualdad material, al de salario mínimo legal mensual." Igualmente, por ejemplo, la Corte Constitucional señaló que la disminución de lo justo en la liquidación de una pensión "afecta la calidad de vida del aspirante a pensionado, acostumbrado en su actividad laboral a recibir un salario que le ha permitido fijarse determinadas metas y compromisos". Sentencia T-631 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Igualmente, Sentencias T-338 de 2001 y T-1097 de 2002, entre otras

<sup>12</sup> "Tratándose de trabajadores dependientes, los principios generales del derecho al trabajo que la doctrina ha establecido y que en Colombia adquieren rango constitucional en el artículo 53 de la C.P., conllevan la primacía de la realidad, la irrenunciabilidad, la favorabilidad, la condición mas beneficiosa, el principio pro operario, la justicia social y la intangibilidad de la remuneración (...) Desconocer la condición mas favorable afecta el debido proceso como lo ha señalado la Corte en la T-456/94, T-440/98, T-369/98, T-242/98, T-549/98, C-177/98, T-295/99, T-408/00 y T-1294/02" (Sentencia T-631 de 2002).

prima de antigüedad' para los funcionarios y empleados del orden departamental allí comprendidos. El argumento central de la demanda se dirige a sostener que **por tratarse de una prestación**, la prima de antigüedad no es materia sobre la cual pueda disponer organismo ni autoridad diferente al Congreso o al Presidente de la República investido de facultades extraordinarias, conforme a la anterior Constitución Política.

Sobre este particular, ciertamente es reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de que todo lo concerniente al régimen prestacional de los servidores públicos nacionales o de cualquier otro nivel era potestativa del Congreso o del Presidente como legislador extraordinario. Y se refuerza esa competencia exclusiva y excluyente si se observa cómo en el mismo Estatuto anterior –artículos 187 ordinal 5° y 197 atribución 3°- se autorizaba a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales para proveer lo relativo a la remuneración de los diferentes empleos en su respectiva jurisdicción, pero nada decía sobre prestaciones. No existe pues, para la Sala, duda alguna sobre que el establecimiento o modificación de todo régimen prestacional debía ser originado en la ley o el acto de igual jerarquía.

Ocurre, empero, que **la prima de antigüedad no es una prestación, sino que hace parte del salario**. Como lo señala la señora fiscal quinta, ni en el estatuto orgánico ni en el decreto reglamentario sobre el régimen prestacional de los empleados y trabajadores oficiales se da a esa prima el señalado carácter de prestación.

(...)

Dicha prima de antigüedad es un incremento salarial que se origina en la permanencia 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.

Para establecer escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos y, por ende, incrementos a la remuneración, no necesitada la Asamblea autorización legal, pues era la propia Constitución en el ordinal 5° del artículo 187, la que la facultaba para hacerlo.

La Asamblea de la Guajira dispuso a través de la ordenanza demandada en materia salarial, no prestacional, con apoyo en la facultad concedida por el artículo 187 ordinal 5° de la C.N. anterior y por tanto no existe fundamento alguno para anularla." (negrilla y subrayado fuera del texto)

Precisamente, en relación con las ordenanzas que durante el régimen constitucional anterior crearon factores salariales para los empleados territoriales<sup>13</sup>, **en especial primas o sobresueldos por antigüedad**, esta Sala ya había señalado en Concepto 1518 del 11 de septiembre de 2003<sup>14</sup>, ratificado muy recientemente por la Sección Segunda del Consejo de Estado en Sentencia del 24 de julio de 2008<sup>15</sup>, que tales actos no perdieron su vigencia con la nueva Constitución ni con la Ley 4ª de 1992, en la medida que (i) fueron expedidos con base

en normas que en su momento atribuían esa facultad a las entidades territoriales; (ii) el nuevo marco constitucional y legal no derogó la normatividad anterior, pues se limitó a cambiar las competencias para la modificación o regulación a futuro de los factores salariales de los empleados territoriales; y (iii) el nuevo ordenamiento constitucional y legal no proscribió la remuneración por antigüedad, de manera que respecto de las normas anteriores a la Constitución de 1991 que las consagraron no hay, materialmente, un problema de inconstitucionalidad sobreviniente ni tampoco cabe plantear la excepción de inconstitucionalidad. Dijo la Sala al respecto:

---

<sup>13</sup> Respecto de los factores prestaciones ha existido unanimidad también en que ni antes ni después de la Constitución de 1991, ha existido competencia alguna por parte de los entes territoriales.

<sup>14</sup> M.P. Susana Montes de Echeverri.

<sup>15</sup> M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Exp. 2002-02573.

*"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 per se 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*

(...)

*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 predicable ninguno de los dos fenómenos jurídicos a que se ha hecho alusión en el presente capítulo [se refiere a la inconstitucionalidad sobreviniente y a la excepción de inconstitucionalidad], 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. (Corchetes fuera de texto, se subraya)<sup>16</sup>*

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que en relación con los empleados territoriales el Gobierno sólo ha establecido límites máximos a su remuneración pero no ha regulado su régimen salarial ni ha derogado las normas anteriores a la Ley 4 de 1992, de manera que en esa materia se siguen aplicando las normas seccionales expedidas por quienes en su momento tuvieron competencias constitucionales y legales para ello:

*"Ahora bien, como lo advierte el recurrente, por el solo hecho de entrar en vigencia la Constitución de 1991, no se puede afirmar, prima facie, que ocurrió el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente de la Ordenanza No. 23 de 1959 [que crea un sobresueldo del 20% por antigüedad], porque el tránsito constitucional no conlleva forzosamente la derogación de todas las normas expedidas bajo la constitución derogada (...) debe atenderse también el desarrollo de la jurisprudencia constitucional sobre el tema, que advierte que cuando la nueva constitución cambia una competencia, no se puede aducir que exista entre el contenido de la nueva disposición y las demás normas preexistentes una contradicción a la letra o al espíritu de la nueva Carta, porque a las normas expedidas por una autoridad que era anteriormente competente, no se les puede exigir la sujeción a unos preceptos formales que no habían entrado a regir en ese momento...*

*En vista de que el artículo 20 de la Ordenanza No.23 de 1959, no fue derogado ni modificado por su autor, cuando tenía competencia para ello, y como además sobrevivió ante la transición constitucional, resta por dilucidar si la nueva autoridad a la que le fue atribuida la competencia expidió una nueva reglamentación del derecho allí contenido. Y frente a este tema de los*

*incrementos salariales por antigüedad para los empleados territoriales o para los educadores del mismo orden, no encuentra la Sala ninguna norma expedida por el Congreso Nacional o por el Gobierno, con posterioridad al Acto Legislativo 1 de 1968, a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 o a la Ley 4 de 1992*<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Concepto 1518 de 2003, M.P. Susana Montes Echeverri.

<sup>17</sup> Sentencia del 24 de julio de 2008.M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Exp. 2002-02573, en que se hace alusión también al Concepto 1518 de 2003 de esta Sala. En igual sentido cabe mencionar que en Circular Externa 014 de 2005, el Departamento Administrativo de la Función Pública instruye a las entidades territoriales, en el sentido que el Gobierno Nacional no ha extendido el régimen salarial del sector nacional a los empleados de las entidades territoriales, razón por la cual aquél sólo será aplicable cuando el Gobierno así

Sobre este particular, es del caso señalar que aún actualmente en materia de salarios de los servidores territoriales, la Constitución Política de 1991 y la Ley 4 de 1992 mantienen una distribución de competencias concurrente entre el Congreso (establece el marco general), el Gobierno (fija los límites de los salarios) y las entidades territoriales (determinan las escalas de remuneración y los emolumentos de sus empleados)<sup>18</sup>; así que, mientras en materia prestacional la competencia de regulación es exclusiva del Congreso y del Gobierno -conforme ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>19</sup> y del Consejo de Estado<sup>20</sup>-, respecto del régimen salarial, las entidades territoriales conservan algunos espacios de regulación<sup>21</sup> que tienen fundamento en el régimen constitucional de autonomía previsto para ellas<sup>22</sup>, tal como también lo reiteró recientemente la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>23</sup>.

---

lo disponga expresamente, de acuerdo con la Ley 4 de 1992. Que, "se precisa que los actos administrativos proferidos por las Asambleas y los Concejos Municipales y Distritales gozan de presunción de legalidad, en los términos del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo". (se subraya)

<sup>18</sup> Sobre esta distribución puede verse el Concepto 1518A del 13 de diciembre de 2004, M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce. La Sala recordó en esa oportunidad que para la determinación del **régimen salarial** al Gobierno le corresponde fijar únicamente el límite máximo de los salarios de los servidores territoriales dentro de los parámetros fijados por la ley (artículos 150-19 C.P. y 12 de la Ley 4ª de 1992) y, con base en ese límite, las Asambleas Departamentales pueden fijar las escalas de remuneración (art.300-7 C.P) y los Gobernadores los emolumentos de los servidores públicos territoriales (art.305- ibídem).

<sup>19</sup> Entre otras, Sentencias C-315 de 1995 (que declaró exequible el artículo 12 de la Ley 4 de 1992) y la Sentencia C-510 de 1999. En esta última se señaló "4.2.2. En cuanto a la **asignación salarial**, la respuesta se encuentra en el párrafo del artículo 12 de la ley 4ª 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."

<sup>20</sup> Puede revisarse la Sentencia del 19 de mayo de 2005 de la Sección 2ª del Consejo de Estado, MP. Jesús María Lemos Bustamante y la Sentencia del 28 de septiembre de 2006 de la misma corporación judicial, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado

<sup>21</sup> Ver conceptos 1518 de 2003 y 1518A de 2004. En estos conceptos se diferencia entre (i) la vigencia de las normas expedidas válidamente por las entidades territoriales cuando tenían

competencia para ello, la cual se mantiene hasta tanto no sean modificadas o derogadas por el Gobierno –en consecuencia, la posibilidad de que con base en ella surjan situaciones particulares y concretas protegidas por la ley y la Constitución ; y (ii) el alcance de las facultades actuales de los entes territoriales en materia salarial, en especial, después de la Constitución Política de 1991, la cual es eminentemente técnica y no comprende la posibilidad de expedir nuevas normas creadoras de factores salariales, además de que debe respetar los límites fijados por el Gobierno Nacional de acuerdo con la Ley 4 de 1992.

<sup>22</sup> Sentencia C-510 de 1999.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 17 de abril de 2008, M.P. Jaime Moreno García, exp. 2004-5344. En dicha providencia, se recordó además la amplia libertad que en materia salarial tenían las entidades territoriales -ahora sujeta a los límites salariales que señale el Gobierno-: "*En cuanto a las entidades descentralizadas del orden territorial, no aplican las mismas competencias que en el nivel central porque su autonomía administrativa y presupuestal llevan implícita la aptitud de sus propios órganos para fijar las respectivas escalas de remuneración, pero no hay duda que las disposiciones legales antes citadas (Ley 4ª/92), que sí gobiernan para éstas, marcan una diferencia sustancial con la regulación anterior a la Constitución de 1991, porque entonces las entidades descentralizadas eran completamente independientes en la determinación de su régimen salarial, lo que llevó a desafortunadas prácticas en el manejo del tema. En la actualidad, las*

Así entonces y dado que el Consejo de Estado en su sentencia del 25 de marzo de 1992 estableció que la Ordenanza 019 de 1981 se adoptó de conformidad con las normas constitucionales de habilitación vigentes en ese momento, cabe decir que, prima facie, dicha Ordenanza llegó al régimen constitucional de 1991 como un acto general válido y legal que legitima por tanto los reconocimientos de prima de antigüedad hechos por el Departamento a favor de los destinatarios de la misma, al menos antes de que aquélla fuera anulada

Resalta la Sala, a riesgo de ser reiterativa, que la Constitución Política de 1991 no produjo la derogatoria en bloque de la normatividad expedida válidamente con anterioridad a ella, pues lo contrario habría significado la pérdida automática de vigencia de una multiplicidad de regulaciones, con grave perjuicio para la seguridad jurídica y el ordenamiento de la vida en sociedad:

*"Cabe resaltar que la Carta de 1991, salvo la derogatoria de la Carta de 1886 con todas sus reformas que ordena el Artículo 380, no estableció una cláusula expresa de derogatoria especial o general ni en bloque de la legislación ordinaria anterior a la nueva regulación constitucional (...)*

*En lo que respecta a la validez formal o al procedimiento que se debió seguir para la expedición de la ley, éste hace referencia al cumplimiento de las condiciones generales de rango constitucional, y también, en ciertos casos señalados expresamente por la Carta, a las reglamentarias igualmente generales previstas con el fin de regular el debido trámite de los proyectos de ley. Es éste un elemento que comprende la competencia del órgano autor del acto jurídico y en principio está sometido, en el espacio y en el tiempo, a la ley vigente en el lugar o en el momento de su producción: se expresa doctrinariamente en el aforismo "Locus regit actum" y "Tempus regit actum". Supone que la regulación constitucional sobre el tema del procedimiento a seguir para la elaboración de la ley, no se aplica retroactivamente, salvo mención expresa de la Carta.<sup>24</sup>*

En este orden, la Constitución Política de 1991 respetó la vigencia de aquéllas normas que no representaban un problema de evidente constitucionalidad material sino que simplemente hacían necesario un cambio en el reparto de competencias

---

*entidades descentralizadas continúan con la facultad de determinar el régimen salarial de sus empleados, pero sometidas a los topes salariales que determine el Gobierno."*

Incluso, en otra providencia, se señaló por el Consejo de Estado que el pago de un concepto salarial "*puede tener soporte en una norma expedida por una corporación territorial, Asamblea o Concejo, dentro de los límites de su competencia concurrente*", esto es, dentro del quantum máximo que señale el Gobierno Nacional para los empleados del nivel territorial. (Consejo de Estado,

Sección Segunda, Sentencia del 28 de septiembre de 2006, M.P. Jaime Moreno García, exp. 2000-0374, en relación con la posibilidad de que la prima técnica, como elemento salarial, pueda ser regulada por los Departamentos como parte de la remuneración básica mensual. En el mismo sentido, Sentencia del 26 de enero de 2006, M.P. Alberto Arango Mantilla, Exp. 200003489).

<sup>24</sup> Sentencia C-434 de 1992. Posteriormente en Sentencia C-416 del mismo año, la Corte Constitucional señaló: "*En lo que respecta a la determinación sobre si fueron atendidas o desconocidas las formalidades a las que estaba sujeta la expedición de las normas en controversia, mal podría efectuarse la comparación con los requerimientos que establezca el nuevo régimen constitucional ya que éste únicamente gobierna las situaciones que tengan lugar después de iniciada su vigencia y, por ende, la constitucionalidad por el aspecto formal tiene que ser resuelta tomando como referencia el ordenamiento que regía cuando nacieron los preceptos en estudio.*" De manera más reciente, Sentencias C-893 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-926 de 2006, M.P. Nilson Pinilla.

entre un ordenamiento constitucional y otro, siguiendo la regla de que la competencia se determina por las normas vigentes al momento de expedición del acto y no por las que se lleguen a expedir en el futuro<sup>25</sup>.

Precisamente, cabe recordar que el artículo 2 de la Ley 4 de 1992, ley marco o cuadro expedida con base en el artículo 150-19 de la Constitución Política, establece expresamente dos límites para la transición en la regulación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos por parte del Gobierno Nacional:

i) "*el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales*", y que (ii) "*en ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales*" (art.2-a).

En este orden de ideas y de vuelta al caso específico que se consulta, se tiene que las primas de antigüedad reconocidas con base en la Ordenanza 019 de 1981, tenían un marco normativo y jurisprudencia! que respaldaba suficientemente su otorgamiento a quienes cumplían los requisitos para ese efecto, el cual sólo desapareció con la declaratoria de nulidad por parte del Tribunal Administrativo de la Guajira en el año 2003<sup>26</sup>, cuyos efectos retroactivos para el caso concreto se estudian más adelante.

Así, en la medida que la noción de derecho adquirido o situación consolidada parte de su conformidad con el ordenamiento jurídico durante el cual ha nacido<sup>27</sup>, la Sala considera que, frente a la pregunta ¿las primas de antigüedad reconocidas antes de la anulación de la Ordenanza 019 de 1981, pueden considerarse ajustadas a derecho?, la respuesta es afirmativa.

Por ello, el presente caso se diferencia de otros que ha tenido oportunidad de revisar esta Corporación, especialmente de aquél analizado por la Sala en el Concepto 1393 de 200228, en el que se concluyó que la Administración no puede pagar prestaciones creadas sin competencia alguna, por organismos que ni en vigencia de la Constitución anterior ni de la actual, han tenido ninguna facultad para ello<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Sentencia C-926 de 2006, M.P. Nilson Pinilla Pinilla. En el mismo sentido, puede verse la Sentencia C-155 de 1999 sobre las normas anteriores a 1991 que son claramente incompatibles con la nueva Constitución -respecto de las cuales opera la derogatoria tácita- y aquéllas otras que no lo son, las cuales se presumen ajustadas a la Constitución hasta que no haya una sentencia que declare lo contrario.

<sup>26</sup> Sobre su contenido material no se pronuncia esta Sala, pues como se dijo en el Concepto inicial debe partirse de su firmeza y obligatoriedad.

<sup>27</sup> Se ha señalado que en materia de derecho público puede ser más acertado referirse a situaciones consolidadas en lugar de derechos adquiridos, pues éstos últimos tienen origen en el derecho privado. En todo caso, la jurisprudencia acude indistintamente a la noción de derechos adquiridos tratándose de los trabajadores privados y de los servidores del Estado (Sentencias C-314 de 2004 y C-177 de 2005, a título de ejemplo). Así mismo, aún cuando en

principio la noción de derecho adquirido tiene relación con la vigencia de las leyes en el tiempo, en todo caso se ha señalado por la jurisprudencia que el artículo 58 de la Constitución vincula a todos los poderes del Estado en la medida que el derecho adquirido "queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege" (Sentencia C-168 de 1995). En igual sentido, Sentencia C-314 de 2002: "(...) ni la ley ni las autoridades administrativas o judiciales pueden modificar situaciones jurídicas que se han consolidado conforme a leyes anteriores".

<sup>28</sup> M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

<sup>29</sup> El caso analizado en esa oportunidad era diferente al actual, en cuanto: (i) se trataba de prestaciones sociales y no de factores salariales; (ii) dichas prestaciones habían nacido por medio de actas convenio y actos de las Juntas Directivas de entidades descentralizadas, es decir, por fuera del marco normativo tanto de la

Se tiene entonces que, desde el punto de vista consultado (validez general de la norma antes de su anulación), la Ordenanza 019 de 1981, en razón de su presunción de legalidad y de la Sentencia del Consejo de Estado del 25 de marzo de 1992 que había declarado su conformidad con las normas de competencia vigentes a su expedición, tenía la virtualidad de generar, mientras estuvo vigente, situaciones particulares y concretas de carácter salarial ajustadas a derecho y protegidas por la buena fe de sus titulares; ello claro está, sin perjuicio de los requisitos y aptitud legal que éstos últimos debían acreditar en cada caso para acceder a ese beneficio.

### **2.3. El efecto de las sentencias de nulidad y la protección de las situaciones particulares.**

Ahora bien, la nulidad, a diferencia de la inexequibilidad tiene, en principio, efectos retroactivos, lo que permitiría pensar que en todo caso sería imposible seguir pagando las primas de antigüedad reconocidas antes de la Sentencia del Tribunal de la Guajira del año 2003, pues los respectivos actos particulares estarían afectados con el mismo vicio de invalidez.

Sin embargo, recuerda la Sala que el Consejo de Estado tiene establecido que la legalidad de los actos administrativos se determina con base en las normas vigentes al momento de su expedición; que son tales normas y no otras las que determinan la validez de la decisión adoptada por el funcionario administrativo (quien está en imposibilidad de anticipar que sus competencias serán objeto de modificación por normas o decisiones judiciales posteriores<sup>30</sup>); y que, en consecuencia, (i) no hay lugar a la "*ilegalidad sobreviniente*" de los actos administrativos y, por ello, (ii) la nulidad de los actos administrativos de carácter general -como sucede en este caso-, no conlleva la nulidad de los actos administrativos particulares y concretos expedidos mientras aquél produjo efectos:

*"Ahora, la nulidad de un acto administrativo general si bien es cierto que la jurisprudencia tiene determinado que produce efectos ex tunc (desde entonces), esto es, desde el momento en que se profirió el acto anulado por lo que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, no es menos cierto que la jurisprudencia también tiene establecido que ello en modo alguno significa que dicha declaratoria afecte situaciones concretas e individuales que se hayan producido en vigencia del mismo. En otras palabras, sólo las situaciones no definidas son afectadas por*

---

Constitución Política de 1886, como de la de 1991 y (iii) se trataba esencialmente de prestaciones que se pagaban cada cierto tiempo (como el quinquenio) y que, por ende, no afectaban la remuneración mensual del trabajador. Vale recordar que el referido Concepto 1393 de 2002, llevó a la expedición del Decreto 1919 de 2002, por medio del cual se unificó por parte del Gobierno Nacional (art.1150-19), el régimen de prestaciones sociales del Distrito Capital. Dicho Decreto fue demandado y la Sección Segunda del Consejo de Estado negó su nulidad, señalando que "el régimen prestacional anterior" que está obligado a respetar el Gobierno al adoptar uno nuevo, es el que se ha expedido "*conforme a la Constitución y a la ley, esto es, no se trata de la aplicación indiscriminada de las normas expedidas contrariando el ordenamiento superior*". (Sentencia del 19 de mayo de 2005, M.P. Jesús María Lemus Bustamante).

<sup>30</sup> Sentencia del 18 de noviembre de 1999, Sección Primera del Consejo de Estado, M. P. Manuel Santiago Urueta: "No importa que la desaparición posterior del fundamento jurídico tenga como sustento una declaratoria judicial de nulidad del acto base, o la derogatoria del mismo, pues el examen de legalidad de la norma que se controvierte se realiza en el momento en que el acto nace a la vida jurídica y no posteriormente."

la decisión anulatoria, bien porque se encontraban en discusión o eran susceptibles de discusión en sede administrativa, ya porque estuvieren demandadas o eran susceptibles de debatirse ante la jurisdicción administrativas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria. Se excluyen, entonces, aquellas situaciones consolidadas en aras de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada..." (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de julio de 2006, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 21051) <sup>31</sup>

Para la Sala es claro entonces que el principio de intangibilidad de las situaciones consolidadas conforme a derecho (art. 58C.P) y el reconocimiento de la seguridad jurídica como valor esencial del Estado Social de Derecho, matizan los efectos de la nulidad de los actos administrativos de carácter general<sup>32</sup>, el cual se proyecta únicamente sobre los asuntos que se encuentren sin resolver (procedimientos administrativos o judiciales en curso), respetando así aquéllas situaciones resueltas y ejecutoriadas.

En este orden, los efectos de la declaratoria de nulidad del acto general, legítimos y necesarios en cuanto expresión del principio de legalidad, tienen límite en las situaciones consolidadas a favor de particulares de buena fe (arts. 58 y 83 C.P)<sup>33</sup>, más aún cuando, como en el caso consultado, esa situación particular se refiere a elementos de la relación laboral que tienen una protección constitucional reforzada y exigen una interpretación favorable al trabajador (Arts. 25 y 53 C.P)

Y si bien el Código Contencioso Administrativo establece la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos (artículo 66), entre otras razones, cuando la

---

<sup>31</sup> Igualmente, Sentencia de 31 de mayo de 1994, Rad. 7245, C.P. Dolly Pedraza de Arenas: "*Pero si ello no hubiere sido así, a pesar de ser cierto que el Acuerdo citado, fue declarado nulo por el Consejo de Estado el 19 de septiembre de 1990, dicha sentencia no toca los efectos de las situaciones concretas e individuales que se produjeron, en este caso, en el año de 1985, en vigencia del citado Acuerdo. En efecto, el acto se cometió y fue sancionado bajo la vigencia de dicho Acuerdo, y la resolución respectiva no ha sido anulada por la jurisdicción; los efectos de la nulidad del Acuerdo en cita produjeron efectos erga - omnes, pero sólo para el futuro, no para situaciones que va encontraban consolidadas.*" (se subraya). En el mismo sentido, Sentencia de 5 de mayo de 2003, Rad. 12248, C.P. María Inés Ortiz B: "*Igualmente se ha señalado que la sentencia de nulidad que recaiga sobre un acto de carácter general, afecta las situaciones que no se encuentren consolidadas, esto es, que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante la jurisdicción contencioso administrativa.*"

<sup>32</sup> En general la Corte Constitucional ha advertido sobre la dificultad en la aplicación de los efectos retroactivos de las sentencias, por la tensión que surge entre la efectividad de la Constitución y la restitución del orden jurídico vulnerado, por una parte y los principios de seguridad jurídica y protección de las situaciones consolidadas, por otra, que el operador jurídico debe ponderar en cada caso: "*La anterior presentación, aunque elaborada de manera sucinta permite comprender la dificultad que plantea adoptar reglas absolutas para conceder o no efectos retroactivos a las sentencias de inconstitucionalidad, pues la tensión permanente de principios como la cosa juzgada y la seguridad jurídica frente a la igualdad, la justicia y en últimas la supremacía material de la Constitución, enfrentan al operador jurídico a la necesidad de valorar en cada caso las circunstancias específicas a fin de adoptar la decisión que mejor se ajuste a los mandatos Supremos*" (Sentencia C-619 de 2003).

<sup>33</sup> GARCÍA, Luengo Javier, La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Civitas, Madrid, 2002. Señala el autor que en los casos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, que se presentan por infracciones graves y evidentes del ordenamiento jurídico, es difícil reclamar una situación de confianza legítima, en la medida que el ciudadano

sabe de antemano que está expuesto a la revisión del acto de favor que ha sido expedido; por el contrario cuando no hay tal evidencia de ilegalidad, el principio de protección de la confianza actúa con plena intensidad y podría exigir la inaplicación de los efectos ex tunc de la nulidad. Igualmente Bocanegra Raúl -Lecciones sobre el acto administrativo- Civitas, 2006, p.201), quien advierte que "en los casos en que la eficacia del acto se ha extendido en el tiempo, los efectos de la anulación deben ponderarse, salvo perjuicio de un tercero, teniendo en cuenta las exigencias del principio de protección de la confianza".

norma que le ha servido de base ha sido anulada o suspendida por la jurisdicción (decaimiento del acto), dicha figura, tiene límite igualmente en los actos que reconocen situaciones de favor para el ciudadano (art.73 C.C.A), pues lo contrario significaría que la Administración estaría liberada de dar aplicación al artículo 58 de la Constitución y que, por tanto, podría desconocer en sede administrativa la fuerza obligatoria de los derechos adquiridos. Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado:

*"En tal virtud la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez del acto, de suerte que el "decaimiento" del acto administrativo no trae aparejado el juicio de validez del mismo, como tampoco que las situaciones particulares y concretas surgidas al abrigo de una norma que tuvo fundamento en un acto general anulado padezcan una suerte de "decaimiento subsiguiente"<sup>34</sup>.*

Así, el acto administrativo cumple una función estabilizadora de las relaciones jurídicas, que le permite actuar como instrumento de garantía para el administrado<sup>35</sup>, a partir de un principio general de irrevocabilidad de las situaciones particulares y concretas de favor, según establece el artículo 73 del C.C.A<sup>36</sup>.

#### **2.4. El respeto de los derechos en los procesos de transición legislativa**

La Sala también considera oportuno recordar que la transición normativa derivada del cambio en la distribución de competencias para la determinación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos en virtud de la expedición de la Constitución Política de 1991, exige el respeto de las situaciones consolidadas conforme a derecho.

Precisamente, el Consejo de Estado ha señalado que "sin perjuicio de la facultad que tiene el legislador para modificar la normatividad laboral, no puede dejarse de lado que cuando se varía la misma se afectan las relaciones laborales en curso y por consiguiente, es menester garantizar que no se menoscaben o desconozcan situaciones jurídicas consolidadas o constituidas, toda vez que la ley debe regir hacia el futuro y no debe afectar derechos adquiridos."<sup>37</sup> (se subraya).

---

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de julio de 2006, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 21051. Por tanto, como también ha dicho esta Corporación, el decaimiento "puede predicarse de los actos de carácter general y de los de carácter particular, en cuanto no se refieran a situaciones concretas pues de estas no podría predicarse decaimiento en el sentido expuesto." CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, 23 de febrero de 1990, Rad. 5346, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo

<sup>35</sup> Bocanegra Sierra Raúl, Lecciones sobre el acto administrativo, Thomson Civitas, Madrid, Tercera Edición, 2006.

<sup>36</sup> En diversas sentencias de inexecutable con efectos retroactivos, es decir, similares a los de la nulidad, la Corte Constitucional ha hecho evidente la necesidad de protección de aquellas situaciones consolidadas en actos administrativos particulares y concretos de carácter favorable. Puede verse la Sentencia C-030 de 1997, en la que la Corte Constitucional declaró inexecutable con efectos retroactivos diversas normas sobre el ingreso automático a carrera administrativa, pero advirtió que esa decisión no afectaría a quienes antes de ella hubieran obtenido un acto administrativo de inscripción con base en las normas que se retiraban del ordenamiento jurídico. La misma regla jurídica había sido aplicada también en Sentencia C-037 de 1994. Y en Sentencia C-262 de 2001, la Corte negó la inconstitucionalidad de una norma sobre

reliquidación de bonos pensionales, en la medida que dicha figura sólo operaba antes de que el acto administrativo estuviera en firme y por tanto de que existiera una situación particular y concreta inmodificable.

<sup>37</sup> Expediente No. 10426, sentencia del 19 de junio de 1997, Consejero Ponente Dr. Carlos Orjuela Góngora. Sobre ese particular, también ha señalado el Consejo de Estado que la aplicación del principio de

Específicamente y respecto de la transición legislativa derivada de la Ley 4 de 1992 en materia salarial y prestacional esta corporación ha señalado que:

*"Del contenido de la norma [se refiere al artículo 2° de la Ley 4 de 1992 sobre protección de derechos adquiridos y situaciones favorables] se deduce sin ambages, que el Gobierno Nacional tiene limitada su facultad para fijar el salario de los empleados públicos, en dos aspectos que resultan pertinentes al asunto que se trata: La existencia de derechos adquiridos; y las condiciones salariales y prestacionales favorables al empleado.*

(...)

Por ello se debe entender que las condiciones salariales y prestacionales que un empleo público otorgue a quien lo ocupa, deben preservarse mientras el funcionario permanezca en él. En consecuencia, los cambios normativos que desconozcan o afecten dicha condición favorable resultan ineficaces e infringen la ley 4ª de 1992. (corchetes fuera del texto - se subraya)<sup>38</sup>

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha indicado que el valor constitucional del trabajo y la protección especial que la Carta le otorga a los trabajadores, imponen un límite a la potestad del legislador para configurar el régimen de seguridad social" y que en virtud de dicha protección, los tránsitos legislativos deben ser razonables y proporcionales y respetar los derechos adquiridos<sup>39</sup>

En ese contexto se incorporan las reglas de la Ley 4ª de 1992 ya referidas con anterioridad (art.2), que ordenan el respeto de derechos adquiridos antes de su expedición y la prohibición de desmejorar los salarios y prestaciones de los trabajadores.

No debe olvidarse que la regla general es la irretroactividad de la ley<sup>40</sup> y que ésta garantiza la protección de las situaciones consolidadas, de manera que la adopción de una nueva normatividad no supone la suspensión automática de las situaciones consolidadas conforme a la legislación anterior<sup>41</sup>. Como ha señalado la

---

favorabilidad para mantener la vigencia de regímenes anteriores a los servidores que ya estaban vinculados a una entidad, no viola el derecho a la igualdad de quienes se vinculan con posterioridad a ella (Consejo de Estado, Sentencia del 17 de junio de 1997, expediente No. 13178, Consejera Ponente Dra. Dolly Pedraza de Arenas).

<sup>38</sup> Sentencia del 3 de marzo de 2005, Sección Segunda, M.P. Alberto Arango Mantilla, exp. 2002-0141.

<sup>39</sup> Sentencia C-89 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>40</sup> "En relación con los efectos de la ley en el tiempo la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. Obviamente, si una situación jurídica se ha consolidado completamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, como tampoco se da el mismo cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la ley nueva." (Consejo de Estado, Sección Primera, Octubre 4 de 2001, M.P. Olga Inés Navarrete". Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado: "Por otra parte, la Corte ha establecido que cuando un trabajador ya cumplió con los requisitos necesarios para poder acceder a un derecho, las nuevas leyes laborales que modifiquen los requisitos para acceder a ese derecho no le pueden ser aplicados. En este caso, entonces, se prohíbe la retroactividad de la ley laboral, por cuanto el trabajador tendría ya un derecho adquirido a acceder a ese derecho de acuerdo con los requisitos del pasado. (se

subraya) (Sentencia C-177 de 2005)

<sup>41</sup> "Cree la Sala que las disposiciones transcritas no son fundamento válido para negar el derecho, porque del parágrafo 3° del artículo 1° solo puede concluirse que dejó sin vigencia las normas que reglamentaban la asignación de prima técnica, pero no los actos de carácter particular y concreto mediante los cuales se hubiesen asignado primas técnicas, por haberse acreditado los requisitos entonces exigidos por las normas que regulaban la materia" (negrilla original- Consejo de Estado, Sentencia de mayo 27 de 1999, M.P. Álvaro

jurisprudencia, la esencia de la protección de los derechos adquiridos se encuentra en la posibilidad de la ley anterior de proyectar sus efectos a la situación concreta de quien ha obtenido el derecho.<sup>42</sup>

En especial, recuerda la Sala la Sentencia C-314 de 2004<sup>43</sup>, en la que se declaró inexecutable, por restrictiva, una definición de "derechos adquiridos" contenida en el Decreto 1750 de 2003, según la cual únicamente se entendían como tales "las prestaciones causadas" antes de la expedición de ese decreto<sup>44</sup>; advirtió la Corte Constitucional que si bien esa expresión respondía en apariencia a la noción de derecho adquirido, en realidad contrariaba los artículos 53 y 58 de la Constitución, pues en la forma en que estaba utilizada en la norma acusada daba a entender que los salarios no estaban amparados por la regla de protección de los derechos adquiridos -lo cual carecía de sustento constitucional<sup>45</sup>- y que, además, la Administración no estaba obligada a reconocer a futuro los componentes salariales de tipo convencional nacidos con anterioridad a la expedición del referido Decreto 1750 de 2003<sup>46</sup>.

---

Arango Mantilla, radicación 2400-98. En igual sentido. "La nueva normatividad que excluye a los funcionarios de determinado nivel (decreto 1724 de 1997), solo tiene efectos hacia el futuro y los pagos correspondiente a prima técnica causada antes de su vigencia deben ser reconocidos administrativa y judicialmente", por lo que "los funcionarios a quienes se venía reconociendo el derecho pueden continuar recibiendo los valores correspondientes hasta la fecha de su retiro del servicio o hasta que se cumplan las condiciones para perderlo" (Sentencia del 19 de mayo de 2005, M.P. Ana Margarita Olaya, exp. 2003-00084, reiterada en Sentencia del 21 de junio de 2007, M.P. Ana Margarita Olaya, exp. 2000-0880)

<sup>42</sup> Sentencia C-478 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Así por ejemplo, al declarar executable el artículo 3° de la Ley 60 de 1990, según el cual en las entidades descentralizadas no se podrá autorizar remuneraciones y prestaciones para los trabajadores oficiales por encima de lo devengado por el representante legal de la entidad, la Corte Constitucional señaló que tal asequibilidad "no puede en modo alguno interpretarse como un desconocimiento de los derechos adquiridos por aquellos trabajadores oficiales que al momento de expedirse la disposición impugnada, alcanzaron y sobrepasaron el monto salarial y prestacional allí indicado", pues la aplicación de la disposición examinada "debe en todos los casos respetar los derechos adquiridos de los trabajadores oficiales respecto de los cuales se predicare la hipótesis fáctica descrita, como quiera que en ese evento se estaría en presencia de situaciones jurídicas ya consolidadas y no de meras expectativas." (Sentencia C-112 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara). Una aplicación de esta regla puede verse también en diversas sentencias sobre protección de los derechos adquiridos en materia de escalafón docente (Sentencias C-313 de 2003, C-479 de 2005 y C-647 de 2006, entre otras).

<sup>43</sup> M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>44</sup> Se trataba del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales, que decía: "Artículo 18. Del régimen de Salarios y Prestaciones. El Régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto será el propio de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional. En todo caso se respetarán los derechos adquiridos. Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas."

<sup>45</sup> "El segundo aparte reconoce que en todo caso se respetarán los derechos adquiridos, lo cual significa, para la norma en estudio, que tanto en el régimen salarial como en el prestacional debe seguirse la regla general que prescribe el respeto por los derechos adquiridos. En efecto, como lo establece el encabezado de la disposición y lo recuerda el primer aparte analizado, el respeto por los derechos adquiridos no sólo

comprende aquellos derechos de orden prestacional sino también los de orden salarial, pues ambos espectros del régimen laboral son susceptibles de generar este tipo de garantías consolidadas. Así pues, en aras de la protección de los derechos de los trabajadores, la expresión "en todo caso" debe declararse exequible, pero interpretarse como referida al régimen tanto de salarios como de prestaciones."

<sup>46</sup> Con base en lo anterior, la Corte señaló que aquéllos funcionarios del ISS que dejaron de ser trabajadores oficiales y se convirtieron en empleados públicos en virtud de la reestructuración de la entidad, no perdían el régimen de beneficios salariales y prestacionales extralegales que habían obtenido en virtud de las convenciones colectivas suscritas con anterioridad a dicho cambio.

## **2.5 Conclusiones sobre las situaciones definidas mientras la Ordenanza 019 de 1981 estuvo vigente.**

Ha dicho la jurisprudencia que un derecho se ha adquirido "*cuando las premisas descritas en el ordenamiento se cumplen plenamente en cabeza de quien reclama dicho derecho*" y que por mandato de la Constitución (artículo 58) estos derechos se encuentran protegidos "*pues se trata de una situación jurídica consolidada tras el cumplimiento de ciertos requisitos fácticos, lo que le confiere el carácter de intangible*"; que por tal razón, "*la retroactividad es inaceptable frente a los derechos adquiridos*" y por tanto resulta "*inadmisible por la intangibilidad de los mismos.*"<sup>47</sup>

Por tanto, frente a las nociones de **derecho adquirido** como "*una situación jurídica concreta o subjetiva*" respecto de la cual "*el texto legal que la crea ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una persona*" y de **mera expectativa** como "*una situación jurídica abstracta u objetiva*" en la que "*el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona*" (Sentencia C-478 de 1998), para la Sala es claro que la situación planteada por la entidad consultante se enmarca en el primer escenario y no en el segundo, en tanto que aquellas personas a quienes les fue reconocida la prima de antigüedad antes de la declaratoria de nulidad de la ordenanza que la creaba, hicieron que la norma surtiera en ellos todos los efectos derivados de la misma, de manera que constituyen situaciones individuales consolidadas de buena fe que resultan inmodificables por la Administración.

En consecuencia y dado que los efectos de la nulidad de los actos generales encuentra límite también en la institución de los derechos adquiridos, la Sala concluye que la Sentencia del Tribunal Administrativo de la Guajira del 6 de marzo de 2003 no afecta las situaciones particulares y concretas nacidas con anterioridad a ella; por tanto, la Administración deberá garantizar la continuidad en su pago.<sup>48</sup>

Considera la Sala que una interpretación en contrario que para el caso concreto diera prelación a la legalidad formal del ordenamiento jurídico por encima de la protección de las situaciones consolidadas de los empleados de la entidad territorial, además de alejarse de la normatividad y precedentes jurisprudenciales citados, resultaría contraria a los principios pro operario y de interpretación más favorable en materia laboral, consagrados en el artículo 53 de la Constitución.

Además, como se advirtió, las mismas disposiciones legales que modificaron la distribución de competencias para la regulación de salarios y prestaciones y que buscan unificar dicha materia e imponer límites máximos en el nivel territorial, han establecido también la prohibición de desmejorar los ingresos de los trabajadores y el deber de respetar sus derechos adquiridos.

---

<sup>47</sup> Sentencia T-744 de 2007.

<sup>48</sup> Como se expresó en extenso, tales situaciones se encuentran protegidas por los artículos 53 y 58 de la Constitución Política, por lo que "*ni la ley ni las autoridades administrativas o judiciales pueden modificar situaciones jurídicas que se han consolidado conforme a leyes anteriores*" (Sentencia C-314 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra").

En consecuencia y dada la legalidad de su reconocimiento mientras la norma fuente estuvo

vigente, no se observa tampoco por la Sala que el pago de esas primas de antigüedad pueda estar, por razón de la posterior declaratoria de ilegalidad de la Ordenanza 019 de 1981, en contravía de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 715 de 2001, según el cual los recursos del Sistema General de Participaciones sólo podrán destinarse al pago de los salarios y prestaciones "establecidos en la ley o de conformidad con ella"<sup>49</sup>. Como se ha expuesto, debe entenderse que las primas de antigüedad reconocidas antes de la nulidad de la Ordenanza 019 de 1981, lo fueron conforme a la ley respecto de quienes cumplían requisitos para ello, y que, por ende, su pago tiene una justificación suficiente en el ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala considera importante aclarar que lo dicho anteriormente en relación con la Ordenanza 019 de 1981, no se extiende en general a las normas departamentales expedidas con posterioridad a la Ley 4 de 1992, pues esta última concretó el cambio de competencias en materia salarial y prestacional establecido en la Constitución, además de que previó expresamente una sanción de ineficacia para los regímenes *"que se establezcan"* (a futuro) en contravía de lo dispuesto en ella<sup>50</sup>.

Por tanto, conforme a la Ley 4 de 1992, los entes territoriales, al ejercer las competencias que les corresponden en materia salarial -que como se dijo no incluyen la facultad de establecer factores salariales-, deben observar cuidadosamente los parámetros de dicha ley y, en especial, los límites fijados por el Gobierno Nacional, según lo establece expresamente el parágrafo del artículo 12 de la Ley 4 de 1992:

"PARÁGRAFO. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores los territoriales/ guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional" (se subraya – paréntesis fuera del texto)<sup>51</sup>

Actualmente, ese techo se encuentra previsto en el Decreto 667 de 2008, por medio del cual se establece el límite máximo "de la asignación básica mensual" de los empleados públicos de las entidades territoriales (según se trate de un cargo directivo, asesor, profesional, técnico o asistencial<sup>52</sup>). Allí se señala además que

<sup>49</sup> Artículo 38: (...) A los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta.

<sup>50</sup> ARTÍCULO 10. Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

<sup>51</sup> Concordante con el artículo 21 de la Ley 715 de 2001 que establece que *"Con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones no se podrán crear prestaciones ni bonificaciones por parte de las entidades territoriales."*

<sup>52</sup> *"Artículo 1º. El límite máximo de la asignación básica mensual de los empleados públicos de las entidades territoriales para el año 2008 queda determinado así:*

NIVEL JERÁRQUICO SISTEMA GENERAL	LÍMITE MÁXIMO MENSUAL	ASIGNACIÓN BÁSICA
DIRECTIVO	\$8.205.178	
ASESOR	\$6.558.657	
PROFESIONAL	\$4.581.747	
TÉCNICO	\$1.698.481	

ningún empleado público del nivel territorial podrá percibir una "asignación básica mensual" superior a las cuantías fijadas para cada uno de los referidos niveles y que en todo caso, "la remuneración total mensual" -que para un caso excepcional como el analizado estaría compuesta además por la prima de antigüedad- no podrá exceder *"a la que corresponde por todo concepto al Gobernador o Alcalde respectivo"*<sup>53</sup> (art.2)

### 3. El caso específico del personal vinculado al sector educativo.

Quedan por resolver aún el tercer y cuarto interrogante de la solicitud de aclaración, relacionados con la situación específica de los funcionarios departamentales vinculados al sector educativo, en cuanto a si podían beneficiarse de la referida prima de antigüedad, y, en caso afirmativo, sobre la forma en que se pueden interpretar las Leyes 715 de 2001 (art.15), 812 de 2003 (art.80), 917 de 2004 (art.13) y 1151 de 2007 (art.38), para determinar la entidad responsable de ese pago, entre la Nación y el Departamento de la Guajira.

Al respecto, la Sala precisa que como se señaló en la primera parte de esta aclaración, la Ordenanza 019 de 1981, mientras estuvo vigente, se extendía en general a los "empleados de planta del Departamento, Contraloría Departamental, Asamblea Departamental y de los Institutos Descentralizados" (art. 1). Sobre ese supuesto de generalidad se pronunció la Sala en su concepto inicial y en los partes precedentes de esta aclaración.

Por ello, ahora que el tercer y cuarto interrogante de la solicitud de aclaración, por las normas citadas en él, tienen relación directa con las personas que prestan sus servicios al sector educativo, la Sala considera necesario señalar lo siguiente en relación con este último:

- Respecto del personal administrativo del sector educativo que hubiere sido objeto de reconocimiento de la prima de antigüedad antes de la nulidad de la Ordenanza 019 de 1981, no cabe duda que serían aplicables las conclusiones de esta aclaración para la generalidad de empleados departamentales, pues, como ya lo estableció la Sala en una oportunidad anterior, en virtud de la Ley 60 de 1993 -que desmontó la nacionalización de la educación hecha por la Ley 43 de 1975-, dichos funcionarios administrativos pasaron a tener, sin ningún condicionamiento particular, la calidad de empleados del nivel territorial<sup>54</sup>, a más de que, incluso

ASISTENCIAL	\$1.681.627
-------------	-------------

<sup>53</sup> Este segundo límite corresponde a lo dispuesto en la Ley 617 de 2000, por medio del cual se modifica parcialmente el Código de Régimen Departamental, que establece que "ningún servidor público de una entidad territorial podrá recibir una asignación superior al salario del gobernador o alcalde." (art.73)

<sup>54</sup> Al respecto puede verse el Concepto 1607 del 9 de diciembre de 2004 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce: "De esta forma quedó claramente establecido que el personal administrativo del sector educativo que venía prestando sus servicios a la Nación por mandato legal debía entregarse al respectivo departamento o distrito, cumplido lo cual mediante incorporación entraban a formar parte de las plantas de personal de carácter departamental o distrital, respectivamente". En todo caso debe recordarse que el artículo 67 del Decreto 1278 de 2002 dispuso que el régimen salarial y prestacional del personal administrativo de los establecimientos educativos estatales, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones, será el dispuesto por las normas nacionales. (Declarado exequible en Sentencia C-068 de 2003, en cuanto no afecta las competencias de las entidades

durante el periodo de nacionalización, la vinculación de dicho personal seguía haciéndose por las entidades territoriales.

- En relación con los docentes, una aproximación inicial llevaría a sostener que su situación es diferente, en la medida que si bien la Ley 60 de 1993 dispuso que la planta de personal educativo tendría "carácter departamental"<sup>55</sup>, también estableció que los educadores serían considerados "servidores públicos de régimen especial", que su régimen de remuneración y escalas salariales serían las del Decreto Ley 2277 de 197956 y que los ajustes salariales se sujetarían a la Ley 4 de 1992:

ARTICULO 6o. ADMINISTRACIÓN DEL PERSONAL. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales. Ningún departamento, distrito o

municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute.

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

Las sumas por concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del personal docente del orden territorial, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones de la presente ley. El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deberán trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos.

El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial, de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4ª de 1992.

PARÁGRAFO 1o(...). Inexequible.

---

territoriales de fijar las escalas de remuneración y establecer los emolumentos de sus servidores, dentro de los límites que fije el Gobierno y la Ley).

<sup>55</sup> Art. 3: La prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará por los Departamentos, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio; de todas maneras la administración del personal docente y administrativo se hará conforme a lo previsto en el artículo 6° de la presente ley".

<sup>56</sup> Esta Decreto 2272 de 1979 disponía a su vez: "Art.3°. Los educadores que presten sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencia], comisaría] y municipal, son empleados oficiales de régimen especial, que una vez posesionados, quedan vinculados a la Administración por las normas previstas en este Decreto. (se subraya)

*PARÁGRAFO 2o. La Nación, por intermedio del Ministerio de Educación Nacional, establecerá y llevará el registro único nacional de todos los docentes vinculados a los servicios educativos estatales. Este registro se organizará con el fin de tener un sistema integrado de información que, entre otros, permita gestionar los traslados de docentes entre entidades territoriales, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2127 de 1992. El Gobierno Nacional reglamentará lo dispuesto en este parágrafo." (se subraya)*

Esta regla fue ratificada en el parágrafo del artículo 175 de la Ley 115 de 1994 –Ley General de Educación, según el cual:

*"PARÁGRAFO. El régimen salarial de los educadores de los servicios educativos estatales de los órdenes departamental, distrital o municipal se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979, la Ley 4ª de 1992 y demás normas que los modifiquen y adicionen."*

Por esta vía, se llegaría a afirmar que los docentes habrían mantenido desde el Estatuto Docente de 1979 la calidad de "servidores públicos de régimen especial" (art.6°), sujetos por tanto a las normas salariales y prestacionales previstas en él<sup>57</sup>, por lo que resultaría incompatible su acumulación con beneficios del mismo orden creados a nivel territorial.

Pero sucede que al revisar ese estatuto docente -Decreto 2277 de 1979-, se observa que allí no se regula ningún aspecto salarial de los docentes, sino, básicamente, la forma de acceder al servicio, los grados de escalafón, las faltas disciplinarias y otras situaciones administrativas que no guardan relación con los factores que componen la remuneración de los educadores. Por su parte, la Ley 4 de 1992 a la que también remiten la Ley 60 de 1993 y la Ley 115 de 1994 -para decir que los reajustes de los salarios tendrán en cuenta los límites fijados en ella-, tampoco regula en concreto el régimen salarial de los docentes, ni deroga, como ya se dijo, las normas anteriores expedidas por autoridades competentes.

De otra parte, el hecho de haberse dado en el pasado diversas regulaciones para el sector educativo, todas ellas con alto grado de imprecisión respecto de la vigencia o no de regímenes anteriores (legales y extralegales), determina que cada docente, dependiendo de la época de vinculación, de la entidad que la hubiere hecho (la Nación o la entidad territorial), de la fuente de financiación de sus salarios y prestaciones, etc., pueda reclamar una situación particular, no asimilable ni verificable en cuanto a su validez a la normatividad actual que regula a la generalidad de servidores de la educación.

Precisamente, ante la diversidad de regímenes que se podían venir aplicando, la Ley 715 de 2001, al conceder facultades extraordinarias para expedir un nuevo estatuto docente, ordena que éste contenga una escala salarial única para todos los educadores (art.111), a efectos de lo cual el Decreto Ley 1278 de 2002 señala que "el Gobierno Nacional, en desarrollo de la Ley 4 de 1992, establecerá, la escala única de salarios y el régimen prestacional para los docentes, de acuerdo con el grado y nivel que acrediten en el Escalafón Docente". Dicha escala salarial se encuentra actualmente prevista en los Decretos 624 de 2008, modificado por el

---

<sup>57</sup> "El régimen salarial y prestacional aplicable al personal docente es el contemplado en la Ley 91 de 1989 antes y con posterioridad a la expedición de la Ley 60 de 1993; esta última mantuvo las provisiones contempladas en la Ley 91 de 1989 para todos los docentes que se incorporen sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones a las plantas departamentales y distritales". (Consejo de Estado, Sección Segunda, 22 de junio de 2000, exp. 2630-99, M.P. Ana Margarita Olaya Forero).

Decreto 714 de 2008 -para quienes se rigen por el nuevo estatuto de profesionalización docente (Decreto Ley 1278 de 2002)- y 626 del 2008 -para aquellos docentes que aún se sujetan al Decreto Ley 2277 de 1979. Estos decretos fijan la asignación básica mensual de los docentes<sup>58</sup> y establecen expresamente la prohibición de que la misma sea modificada o adicionada por normas territoriales.

De manera que en el caso concreto analizado, los educadores de la Guajira de esa época, en su calidad de empleados territoriales y pese a su régimen

---

<sup>58</sup> (i) En relación con los docentes que se rigen por el nuevo estatuto docente, el artículo 1° del Decreto 624 de 2008, modificado por el Decreto 714 de 2008, establece: "**ARTICULO 1° Asignación básica mensual.** A partir del 1° de enero de 2008, la asignación básica mensual de los distintos grados y niveles del escalafón nacional docente correspondientes a los empleos docentes y directivos docentes al servicio del Estado que se rigen por el Decreto Ley 1278 de 2002, es la siguiente:

Titulo	Grado Escalafón	Nivel salarial	Asignación básica mensual
<b>Normalista Superior o Tecnólogo en Educación</b>	I	A	804.993
		B	1.058.216
		C	1.420.328
		D	1.760746

<b>Licenciado o Profesional no Licenciado</b>	2	A	<b>Sin Especialización</b>	<b>Con Especialización</b>
		A	1.013.132	1.101.206
			1.421.428	1.510.735
		C	1.660.208	2.000.190
		D	1.983.948	2.367.092
<b>Licenciado o Profesional no Licenciado con Maestría o con Doctorado</b>	3		<b>Maestría</b>	<b>Doctorado</b>
		A	1.572.810	2.008.182
		B	1.910.065	2.424.227
		C	2.532.897	3.401.247
		D	2.934.879	3.904.519

(ii) Respecto de los educadores que se rigen por el Decreto Ley 2277 de 1998, el Decreto 626 de 2008 establece: "ARTICULO 1°. *Asignación básica mensual. A partir del 1 de enero de 2008, la asignación básica mensual máxima de los distintos grados del Escalafón Nacional Docente correspondientes a los empleos docentes y directivos docentes al servicio del Estado que se rigen por el Decreto Ley 2277 de 1979, será la siguiente:*

<i>Grado Escalafón</i>	<i>Asignación Básica Mensual</i>
<i>A</i>	<i>525.240</i>
<i>B</i>	<i>581.850</i>
<i>1</i>	<i>652.079</i>
<i>2</i>	<i>675.922</i>
<i>3</i>	<i>717.284</i>
<i>4</i>	<i>745.600</i>
<i>5</i>	<i>792.628</i>
<i>6</i>	<i>838.439</i>
<i>7</i>	<i>938.315</i>
<i>8</i>	<i>1.030.680</i>
<i>9</i>	<i>1.141.779</i>
<i>10</i>	<i>1.250.166</i>
<i>11</i>	<i>1.427.513</i>
<i>12</i>	<i>1.698.112</i>
<i>13</i>	<i>1.879.682</i>
<i>14</i>	<i>2.140.776"</i>

especial<sup>59</sup>, fueron beneficiados con la Ordenanza 019 de 1981 al no haber sido expresamente excluidos de su campo de aplicación, lo que de cara al asunto planteado por la entidad consultante determina que no existan elementos de juicio suficientes para considerar que su situación es de irregularidad o ilegalidad y que por tanto es posible la revocatoria de los actos de reconocimiento expedidos a su favor.

La Sala recuerda que frente a actos creadores de situaciones particulares y concretas, que gozan de presunción de legalidad, la Administración no puede revocarlos en sede administrativa sin el consentimiento de sus titulares (salvo que se hayan obtenido por medios ilegales -que no es el caso-), ni tampoco suspender su pago, pues ello sería una forma indirecta -no prevista en la ley- de restarle efectos al acto administrativo sin pronunciamiento judicial; por tanto, si existe alguna duda en la Administración sobre la legalidad de tales reconocimientos, requerirá acudir a la jurisdicción contenciosa, quien es la única competente para pronunciarse sobre la situación específica de cada docente, su régimen aplicable, el alcance de la protección de la buena fe a su situación particular, la compatibilidad de la referida ordenanza según la época en que se hubiera reconocido la prima, la oportunidad para demandar<sup>60</sup>, etc.

Sin tales pronunciamientos judiciales anulatorios o se suspensión provisional en cada caso particular, los respectivos actos de reconocimiento deberán ser respetados por la Administración en virtud de su presunción de legalidad, firmeza y fuerza ejecutoria.

Aclarado entonces lo anterior y en relación ya con la entidad responsable entre la Nación y el Departamento del pago de la prima de antigüedad del sector educativo (pues los que corresponden como tal a la planta ordinaria de la Alcaldía,

---

<sup>59</sup> Véase por ejemplo, sentencia 14457 del 27 de febrero de 1997 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, M.P. Clara Forero de Castro, que en relación con una docente municipal señala que su sujeción al Estatuto Docente -Decreto 2277 de 1979- y su calidad de empleada de régimen especial, no impide que le sean pagados los factores salariales creados por el respectivo municipio, en la medida que dicho estatuto docente regula situaciones administrativas que nada tienen que ver con el salario del docente: "*Ciertamente el artículo 3o. del Decreto 2277 de 1979 prescribe que los educadores que presten sus servicios en entidades oficiales del orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal, son empleados oficiales de régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto. Es decir, que nadie discute que la señora Hurtado de Chisacá fuera empleada oficial de régimen especial, y que su relación laboral con el municipio en cuanto a vinculación, ascensos y demás situaciones administrativas, se regía por el Decreto 2277 de 1979. Pero ese estatuto, que regula el ejercicio de la profesión docente, no señala sueldos, ni podría señalarlos para el orden municipal sin violar la autonomía que en esa materia tienen los Concejos Municipales por mandato de la Constitución.*". La misma regla aparece aplicada en la Sentencia del 24 de julio de 2008 citada anteriormente (exp.2002-02573), en cuanto que la condición de docente del demandante no fue óbice para que se ordenara el reconocimiento a su favor de un sobresueldo por antigüedad creado por una ordenanza departamental antes de 1991. Igualmente puede verse Sentencia del 22 de mayo de 1996, M.P. Javier Henao Hidrón, en la que se señala que el salario que devengan los educadores municipales no es el previsto para el personal nacional sino el establecido por los entes territoriales para sus respectivos funcionarios.

<sup>60</sup> Por ejemplo, en auto del 25 de mayo de 2000, expediente 1999-1078, M.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora, la Sección Segunda del Consejo de Estado señaló que la demanda de actos particulares "*en cualquier tiempo*" por parte de la administración (art.136 No.2 C.C.A.) se refiere exclusivamente a "*prestaciones periódicas*", entendidas éstas como "*prestaciones sociales*"; que en los demás casos, como cuando se trata de la discusión de elementos que forman parte del salario de un trabajador, la demanda del acto administrativo propio por la Administración caduca a los 2 años de su expedición.

Gobernación y entidades descentralizadas del Departamento serán de su cargo, respectivamente), se observa lo siguiente:

De acuerdo con el artículo 15 de la Ley 715 de 2001<sup>61</sup>, la regla general es que los gastos de nómina y prestacionales de los docentes son atendidos con recursos del sistema general de participaciones transferidos por la Nación a las entidades territoriales:

**"ARTICULO 15. DESTINACIÓN.** *Los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones se destinarán a financiar la prestación del servicio educativo atendiendo los estándares técnicos y administrativos, en las siguientes actividades:*

**15.1. Pago del personal docente y administrativo de las instituciones educativas públicas, las contribuciones inherentes a la nómina y sus prestaciones sociales (...)**"

Ello deriva a su vez del artículo 356 de la Constitución, según el cual no se podrán descentralizar competencias, "*sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas*"<sup>62</sup>, mandato éste que ya había desarrollado la Ley 60 de 1993 cuando establecía que el servicio educativo se financiaría con recursos del situado fiscal.

La anterior regla se aplica salvo que se trate de docentes que se hubieran contratado con recursos propios de la entidad territorial con posterioridad a la Ley 715 de 2001<sup>63</sup>, caso en el cual su carga salarial y prestacional no se podrá trasladar al Sistema General de Participaciones y deberá ser asumida por el Departamento, tal como dispone el artículo 23 de dicha ley:

**ARTICULO 23. RESTRICCIONES FINANCIERAS A LA CONTRATACIÓN Y NOMINACIÓN.** Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular o contratar docentes, directivos docentes, ni empleados administrativos, con recursos diferentes de los del Sistema General de Participaciones, sin contar con los ingresos corrientes de libre destinación necesarios para financiar sus salarios y los demás gastos inherentes a la nómina incluidas las prestaciones sociales, en el corto, mediano y largo plazo.  
(...)

---

<sup>61</sup> Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros."

<sup>62</sup> Sentencia C-423 de 2005 en relación con la asignación de competencias y recursos en materia educativa a las entidades territoriales. En tal sentido, el artículo 1° de la Ley 715 de 2001 establece que "el Sistema General de Participaciones está constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política a las entidades territoriales, para la financiación de los servicios cuya competencia se les asigna en la presente ley" [educación, salud y agua potable principalmente]. En concordancia, Ley 115 de 1994: "ARTÍCULO 175. PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES DE LA EDUCACIÓN ESTATAL. Con los recursos del situado fiscal y demás que se determinen por ley, se cubrirá el gasto del servicio educativo estatal, garantizando el pago de salarios y prestaciones sociales del personal docente, directivo docente y administrativo de la educación estatal en sus niveles de educación preescolar, básica (primaria y secundaria) y media. Estos recursos aumentarán anualmente de manera que permitan atender adecuadamente este servicio educativo. "

<sup>63</sup> En Concepto 1607 de 2004 de esta Sala, M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, se estudio el alcance del Acto legislativo 1 de 2001, que dispuso que la base inicial del sistema general de participaciones estaría constituida por todos los gastos de personal docente y administrativo (legales y extralegales), bien sea que estuvieran financiados, hasta ese momento, con recursos del situado fiscal, del fondo de compensación educativa o con recursos propios de las entidades territoriales.

*En ningún caso los docentes, directivos docentes y los administrativos vinculados o contratados con recursos propios podrán ser financiados con cargo al Sistema General de Participaciones, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil, disciplinaria y fiscal de quienes ordenen y ejecuten la vinculación o contratación.*

*En ningún caso la Nación cubrirá gastos por personal docente, directivos docentes ni funcionarios administrativos del sector educativo, distintos a los autorizados en la presente*

Ahora bien, dado que las primas de antigüedad forman parte del salario de sus beneficiarios y que en principio tal incorporación se debe considerar ajustada a la ley, estima la Sala que para su pago deben aplicarse las reglas antes señaladas, las cuales no se modifican en el caso concreto por el hecho de la anulación posterior de la Ordenanza 019 de 1981, cuyos efectos retroactivos, como se explicó, no afectaron las situaciones válidamente definidas con anterioridad a ello.

En suma, a juicio de la Sala debe partirse de la premisa de que el pago de la prima de antigüedad, corresponderá en cada caso y según lo expuesto, a quien tenga a su cargo el salario del respectivo personal docente o administrativo.

Finalmente, en relación con las disposiciones legales a las que alude la entidad consultante, la Sala observa lo siguiente frente a cada una de ellas:

- **El parágrafo 3° del artículo 15 de la Ley 715 de 2001** se refiere a la posibilidad que existía, por una sola vez, de cubrir con recursos del Sistema General de Participaciones, los faltantes de nómina de los docentes a 31 de diciembre de 2001<sup>65</sup>. Dado que el Ministerio de Educación señaló en su consulta inicial que estaban pendientes de pago las primas causadas con posterioridad al año 2003 - época del fallo del Tribunal Administrativo de la Guajira- la Sala no

vería la pertinencia del referido artículo al presente caso.

- **El artículo 80 de la Ley 812 de 2003**<sup>66</sup>, se refiere también al saneamiento de las deudas de las entidades territoriales con los docentes vigentes a 31 de diciembre

---

<sup>64</sup> Concordante con los artículos 6 y 7 de la misma Ley 715 de 2001, que establecen que las entidades territoriales pueden concurrir con recursos propios a la financiación de la educación.

<sup>65</sup> ARTÍCULO 15. (...) PARÁGRAFO 3o. TRANSITORIO. *Con cargo a los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones, se financiará por una sola vez el faltante establecido para el cubrimiento de los costos de nómina de los docentes de los departamentos y de los convenios de cobertura educativa a diciembre 31 de 2001, siempre y cuando los recursos propios de los respectivos departamentos hayan sido insuficientes para cumplir con estas obligaciones. Para ello deberán someterse a planes de racionalización educativa y presentar para validación del Ministerio de Educación, información sobre el déficit a financiar. El giro de los recursos se hará inmediatamente se haya recibido la información respectiva."*

<sup>66</sup> ARTÍCULO 80. SANEAMIENTO DE DEUDAS. *Para que las entidades territoriales puedan cancelar las deudas con los docentes y administrativos por concepto de salarios y prestaciones, que se financiaban con los recursos del situado fiscal, que estuvieron vigentes al 31 de diciembre de 2001 y que a la fecha de expedición de la presente ley no hayan sido canceladas y estén debidamente soportadas, y certificadas por el Ministerio de Educación Nacional, la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, concurrirá con recursos adicionales subsidiariamente con lo que resulte del cruce de cuentas con deudas que las entidades territoriales tengan con la Nación. En caso de no ser posible el cruce de cuentas, o si después de efectuado, resulta un saldo en favor de la entidad territorial, el Gobierno Nacional podrá celebrar acuerdos de pago con estas dentro de las vigencias fiscales de 2003 y 2004.*

de 2001, por lo que son extensibles las anteriores consideraciones sobre la falta de pertinencia de la referida norma al caso concreto.

- **En relación con el artículo 13 de la Ley 917 de 2004**<sup>67</sup> -tercera norma citada por la entidad consultante-, la Corte Constitucional señaló en Sentencia C-369 de 2006, que dicho artículo no se encontraba vigente, en la medida que forma parte de una ley de adición presupuestal del año 2004, *"que es de carácter temporal como quiera que sus disposiciones tienen vigencia por el respectivo año fiscal, es decir, del 1 de enero al 31 de diciembre del año correspondiente"*. En esa medida, este artículo no podría ser un referente normativo aplicable para este caso, además de que el mismo se refiere a la forma de dar aplicación al artículo 80 de la Ley 812 de 2003 anteriormente citado, por lo que tendría la misma limitación temporal allí señalada (obligaciones vigentes a 31 de diciembre de 2001).

Sin embargo cabe decir que las tres disposiciones antes citadas, tienen en común, la asunción por parte del Sistema General de Participaciones, de las deudas vigentes de los entes territoriales por concepto de salarios y prestaciones de los docentes, respecto de lo cual esta Sala señaló en Concepto 1607 del 9 de diciembre de 2004<sup>68</sup>, que ello comprendía, en virtud del Acto Legislativo 1 de 2001, tanto los costos legales como extralegales de la educación, que hubieran sido debidamente reportados para el cálculo de la base inicial del sistema de participaciones.

- Finalmente, respecto del **artículo 37 de la Ley 1151 de 2007**, el mismo dispone:

*Artículo 37. Saneamiento de deudas. Las deudas vigentes con personal docente y administrativo, por concepto de salarios y prestaciones sociales financiados con recursos del situado fiscal y/o del Sistema General de Participaciones, podrán ser pagadas por las Entidades Territoriales, siempre y cuando estén debidamente soportadas, y certificadas por el Ministerio de Educación Nacional.*

*La Nación, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, subsidiariamente, concurrirá con recursos adicionales para cubrir el monto que resulte del cruce de cuentas entre las deudas de las entidades territoriales y la Nación. En caso de no ser posible efectuar el cruce de cuentas, o, si después de efectuado, resulta un saldo a favor de la entidad*

---

*Las liquidaciones pendientes de las transferencias territoriales de que trata el artículo 100 de la Ley 715 de 2001, se atenderán con las disponibilidades dentro de las vigencias de 2003 al 2005.*

*Autorícese a la Nación para efectuar el cruce de cuentas y las operaciones de crédito público que sean necesarias para el cumplimiento de este artículo."*

<sup>67</sup> ARTÍCULO 13. *Con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 36 y 41 de la Ley 715 de 2001 y 80 de la Ley 812 de 2003, se pagarán con los excedentes de los recursos del Sistema General de Participaciones los saldos que resulten del reconocimiento de los costos del servicio educativo ordenados por la Constitución y la ley. El Ministerio de Educación Nacional revisará las liquidaciones presentadas por las entidades territoriales y certificará el monto por reconocer. El plazo para firmar los acuerdos de pago del saneamiento de la deuda de que habla el artículo 80 de la Ley 812 de 2003 se ampliará hasta diciembre del 2005.*

PARÁGRAFO. *El cruce de cuentas de que trata el artículo 80 de la Ley 812 de 2003 sólo comprende las deudas del sector educativo atribuibles al situado fiscal. Por lo tanto, la nación hará efectivo el pago de los saldos a favor de las entidades territoriales en forma independiente de las deudas que estos hayan contraído por otros conceptos. En las entidades territoriales donde se adelantaron los cruces de cuentas más allá del situado fiscal se revisarán y se devolverán los excedentes a esas entidades.*

<sup>68</sup> M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

*territorial, el Gobierno Nacional podrá celebrar acuerdos de pago con estas, en las dos vigencias fiscales subsiguientes.*

*Autorícese a la Nación para efectuar cruce de cuentas y para celebrar las operaciones de crédito público que sean necesarias para el cumplimiento de este artículo."* (se subraya)

Este artículo no tiene la limitación temporal de los precedentes y operaría entonces en el caso concreto, si se dan las condiciones allí establecidas, de la siguiente manera: (i) Las deudas pendientes por concepto de salarios –se entendería incluida la prima de antigüedad– financiados con recursos del situado fiscal y/o del Sistema General de Participaciones, podrán ser pagadas por las Entidades Territoriales, a cuyo efecto el Ministerio de Educación deberá certificarlas si están debidamente soportadas; (ii) La Nación, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, concurrirá subsidiariamente con recursos adicionales en caso de ser necesario para cubrir el monto que resulte del cruce de cuentas entre las deudas de las entidades territoriales y la Nación.

#### **4. Aclaración final**

Finalmente, en relación con los reconocimientos efectuados con posterioridad a la declaratoria de nulidad de la Ordenanza 019 de 1981, la Sala se remite a lo dicho en su oportunidad en el concepto cuya aclaración se solicita, en el sentido que tales reconocimientos podrían estar viciados de nulidad por la inexistencia de una norma fuente que los ampare, para lo cual se requerirá declaración judicial si el beneficiario no acepta su revocatoria (art.73 C.C.A), antes de lo cual no podría suspenderse su pago.

Con base en lo anterior, la Sala responde:

1. *¿Las primas reconocidas por la entidad territorial hasta la fecha de expedición de la sentencia que declaró la nulidad de la Ordenanza 019 de 1981, constituyen derechos adquiridos a favor de los funcionarios a quienes se le reconoció?*

**Respuesta:** Sí, las primas de antigüedad reconocidas antes de la sentencia que declaró la nulidad de la Ordenanza 019 de 1981 constituyen situaciones consolidadas a favor de sus titulares, que deben ser respetadas por la Administración de conformidad con los artículos 53, 58 y 85 de la Constitución Política.

2. *Si el derecho al pago de la prima reconocida por la Ordenanza 019 de 1981 constituyera un derecho adquirido, ¿qué efectos genera el fallo emitido por el Tribunal Administrativo de la Guajira el 6 de marzo de 2003 respecto de los funcionarios beneficiarios de dicha prima? ¿tienen derecho a que se les continúe pagando dicha prima?*

**Respuesta:** La sentencia del Tribunal Administrativo de la Guajira del 6 de marzo de 2003 no afecta las situaciones particulares y concretas consolidadas antes de ella. Por tanto, los beneficiarios de primas de antigüedad reconocidas con anterioridad a esa sentencia, tienen derecho a que ese pago se siga realizando.

*3. En el evento que la respuesta sea afirmativa, ¿quién debe asumir el pago de las mismas, esto es, la Nación o el Departamento de la Guajira, en la medida que la vigencia del párrafo 3° del artículo 15 de la Ley 715 de 2001 ha sido prorrogada en virtud de los artículos 80 de la Ley 812 de 2003, 13 de la Ley 917 de 2004 y 37 de la Ley 1151 de 2007?*

**Respuesta:** El pago de la prima de antigüedad deberá hacerse por el Departamento de la Guajira con los recursos del Sistema General de Participaciones que la Nación traslada a las entidades territoriales, salvo que se trate de docentes o administrativos vinculados con recursos propios del Departamento, caso en el cual ese pago deberá ser atendido con estos últimos (art. 23 Ley 715 de 2001).

En relación con las deudas vencidas se aplicarían las reglas previstas en el artículo 37 de la Ley 1151 de 2007 en la medida que se cumplan los supuestos allí previstos.

Por lo demás, la Sala no encuentra aplicable a los supuestos de hecho de la consulta, el párrafo 3° del artículo 15 de la Ley 715 de 2001, ni los artículos 80 de la Ley 812 de 2003 y 13 de la Ley 917 de 2004.

*4. De ser la Nación, en concepto de esa Sala, la obligada a dicho pago ¿cómo podría efectuarlo, sin que ello conlleve una vulneración de la limitación contemplada en el inciso tercero del artículo 38 de la Ley 715 de 2001 que establece que a los docentes, directivos y administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por la ley?.*

**Respuesta:** Las primas de antigüedad reconocidas con anterioridad a la declaratoria de nulidad de la Ordenanza 019 de 1981, lo fueron de acuerdo con la normatividad vigente al momento de su expedición. Por tanto, no existe contradicción con lo establecido en el inciso 3° del artículo 38 de la Ley 715 de 2001.

Transcríbase a la señora Ministra de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

**LUÍS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO**  
Presidente de la Sala

**GUSTAVO E. APONTE SANTOS**

**ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO**  
Con aclaración de voto

**WILLIAM ZAMBRANO CETINA**

**JENNY GALINDO HUERTAS**  
Secretaria de la Sala

**AUTORIZA LA PUBLICACIÓN CON OFICIO DE FECHA 15 DE ENERO DE 2009.**

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**

**SALVAMENTO DE VOTO**

**Bogotá D.C., Noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008)**  
**Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo**  
**Radicación No.1.878 Aclaración**  
**Referencia: Prima de antigüedad.**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, me aparto del concepto citado en la referencia, pues considero que la respuesta dada al gobierno debió ser la contraria, esto es, que los actos administrativos en los que se reconocieron primas de antigüedad a los maestros nacionales y nacionalizados antes de la sentencia que declaró la nulidad de la ordenanza No. 019 de 1981, no constituyen derechos adquiridos para este grupo de maestros, sin embargo dichos actos administrativos gozan de la presunción de legalidad, por lo que si no se demandan y anulan por la jurisdicción administrativa deben cumplirse, todo lo anterior de conformidad con las razones que sucintamente expongo enseguida.

Son DOS los argumentos por los que considero que el concepto debió ser diferente, en primer lugar, por cuanto desde la ley 43 de 1975 se consagró un régimen especial para los docentes de carácter nacional, y en segundo término, por cuanto no puede haber derechos adquiridos sin justo título.

**1° El régimen especial de los docentes y sus efectos legales.**

La ley 43 de 1975 "por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones", nacionalizó la educación, entendiendo como tal la necesidad de dotar la educación de un estatuto único para la carrera docente, un régimen salarial y prestacional único y la asunción por la Nación, en un período de cinco años, de la totalidad de los gastos de personal docente.

El artículo 4° de ésta ley, que es el punto de partida de este salvamento, dice:

Artículo. 4° Para los efectos de la presente ley, congélase el monto de las asignaciones que las entidades territoriales hayan aprobado en materia de educación secundaria, tomando como tope los presupuestos aprobados por las Asambleas Departamentales, por el Concejo Distrital y por los Concejos Municipales, para 1975, y en todo caso de conformidad con las siguientes distribuciones:

<b>Departamentos</b>	<b>Costo funcionamiento plantel Educación</b>
<b>Media Departamental 1975</b>	
1. Bogotá D.E. ....	92.239.100
2. Antioquia ....	190.102.120
3. ... .. (siguen todos los departamentos)	

*Parágrafo: Cualquiera suma que excediere los guarismos anteriores correrá siempre a cargo de la respectiva entidad territorial."*

Del artículo citado, se desprende que desde la ley 43 existía una prohibición para aumentar el valor de las plantas de personal de los maestros, establecida mediante el mecanismo de la congelación del monto de las asignaciones, que implicaba que todos los maestros vinculados o contratados hasta ese momento por la entidades territoriales pasaban a ser pagados por el presupuesto nacional, el que sólo asumiría el valor establecido en la ley. A partir de este momento se prohibió cualquier variación por parte de las entidades territoriales en el monto del presupuesto y por lo mismo se les quitó la competencia a las asambleas departamentales para poder crear otras asignaciones salariales, como lo es la prima que es objeto del concepto del que me aparto.

A los maestros que estaban vinculados se los denominó "nacionalizados" y los nuevos que se vincularon se les llamó "nacionales" en el lenguaje del sector educativo, A pesar del mandato

legal, los departamentos siguieron nombrando maestros por su cuenta, a los que se llamó como "territoriales"; situación que había sido prevista en la ley con el efecto jurídico de que serían de responsabilidad de estas entidades.<sup>1</sup>

Para efectos de la fijación de las asignaciones, como consecuencia de esta idea centralizadora y racionalizadora del gasto público, y como se volvió habitual en la década de los setenta hasta la expedición de la Carta de 1991, el Congreso le otorgaba facultades extraordinarias al ejecutivo para que año tras año fijara los salarios de los docentes. A manera de ejemplo, se transcriben dos artículos del decreto ley 715 de 1978, "Por el cual se fijan las asignaciones básicas mensuales correspondientes a las distintas categorías del magisterio y se dictan otras disposiciones"

**"Artículo 1°. Del campo de aplicación.** Las escalas de remuneración establecidas en el presente Decreto regirán para el personal docente de enseñanza primaria y secundaria que depende del Ministerio de Educación Nacional y presta servicios en las plantas nacionales y en las nacionalizadas por la ley 43 de 1975 y sus decretos reglamentarios."

**"Artículo 11. De la prohibición de modificar el régimen salarial y prestacional.** El régimen de remuneración y el correspondiente a prestaciones sociales del personal docente a que se refiere el presente decreto no podrá ser modificado por las autoridades departamentales, intendenciales, comisariales, del Distrito Especial de Bogotá, ni por las juntas administradoras de los fondos educativos regionales."

En general, estas normas se repitieron en los años siguientes, y concretamente para el de 1981, en el que se expidió la Ordenanza No. 19 por la Asamblea de la Guajira, se encontraba vigente el decreto ley 329 del 11 de febrero de ese año, que en su artículo 8° decía:

*"Artículo 8°. El régimen de asignaciones básicas del personal a que se refiere el presente Decreto; no podrá ser modificado por las autoridades Departamentales, Intendenciales, Comisariales y Distrito Especial de Bogotá, ni por las Juntas Administradoras de los Fondos Educativos Regionales."*

Hay que hacer notar que la disposición que acaba de transcribirse, prohíbe modificar el régimen de las "asignaciones básicas" de lo que se desprendería que por lo mismo el resto de los factores salariales sí podían ser modificados por las Asambleas Departamentales, una de ellas la de la Guajira como en efecto lo habría hecho en la ordenanza 019 objeto de la consulta al crear la prima de antigüedad.

---

<sup>1</sup> Parágrafo del artículo 4° de la ley 43 de 1975: "Parágrafo.- Cualquiera suma que excediere los guarismos anteriores correrá siempre a cargo de la respectiva entidad territorial."

No comparto este razonamiento pues implica tomar en forma aislada el decreto ley 329 de 1981, por fuera del contexto de la reforma en la estructura educativa que acababa de hacerse con la ley 43 de 1975, del decreto ley 715 de 1978 cuyos artículos 1° y 11 se transcribieron, de los dos estatutos docentes que se habían expedido a partir de 1975, estos son el decreto ley 128 de 1977 y el decreto 2277 de 1979, el cual se encuentra hoy parcialmente vigente, normas legales que consagraron un régimen especial para los maestros de primaria y bachillerato, unificador para todos ellos.

Dada la existencia de una política unificadora y de racionalización del gasto público, y además en cumplimiento del principio de igualdad entre los maestros de las diferentes entidades territoriales, pues los que trabajaban en aquellas regiones más ricas tenían mejores ingresos, y en vista de la prohibición expresa de carácter legal que se repitió año tras año hasta 1991, es claro que la Asamblea de la Guajira, válidamente, no podía expedir la ordenanza 019 de 1981, en tanto modificara el régimen salarial de los maestros nacionales y nacionalizados.

Ahora bien, la ordenanza 019 de 1981 de la Asamblea de la Guajira, no se refiere expresamente a los maestros que laboraban en el departamento, su campo de aplicación era el de "la planta de personal de Departamento, Contraloría Departamental, Asamblea

*Departamental y de los Institutos Descentralizados*" según se lee en el artículo 1° de la misma, de manera que, ante la prohibición de modificar el régimen salarial y prestacional consagrada por primera vez en el artículo 11 del decreto ley 715 de 1978, debía entenderse esta ordenanza como que no podía aplicarse a los docentes, pues si así lo fuera sería ilegal.

Por ésta razón, entiende el suscrito Consejero, que la Sección Segunda del Consejo de Estado, al declararla ajustada a las disposiciones constitucionales de 1886, en sentencia del 25 de marzo de 1992, no hizo ninguna mención a los maestros, tema que no sólo no fue tratado por la sentencia sino por el impugnante, según se desprende del fallo. Probablemente si el cargo de la demanda hubiere sido el de violar los decretos leyes que fijaban las asignaciones de los docentes, la decisión habría sido contraria.

Se anota que la sentencia del Tribunal Administrativo de la Guajira que la declaró ilegal, tampoco hace alusión alguna a los maestros, sino a los funcionarios departamentales.

## **2° Inexistencia de unos derechos adquiridos en cabeza de los docentes por cuenta de la ordenanza 019 de 1981 de la Asamblea de la Guajira.**

El concepto del que me aparto, supone que la ordenanza 019 de 1981 de la Asamblea de la Guajira era aplicable a los docentes que laboraran en este departamento, y que entonces estuvo vigente hasta que el tribunal administrativo la anuló el 6 de marzo de 2003. Sostiene además que durante su vigencia se podía reconocer las primas de antigüedad a los docentes y a los funcionarios departamentales, y que la expedición de tales actos administrativos constituye un verdadero derecho adquirido en cabeza de los servidores que se beneficiaron con la prima de antigüedad. No comparto esta conclusión, pues para que se pueda hablar de derecho adquirido se requiere que haya un *"justo título"*, según las voces del artículo 58 de la Constitución Política, y en el presente caso no existe tal título, no sólo por la contradicción de la ordenanza con las leyes citadas en el acápite anterior, sino por los efectos de la sentencia de nulidad.

Como expuse en el punto anterior, a mi juicio desde 1975, y en forma expresa desde 1977, existe una prohibición a las autoridades territoriales para modificar el régimen salarial y prestacional de los docentes, pues desde el momento de su nacionalización poseen, hasta la actualidad, un régimen especial que incluye la definición no sólo del escalafón, ingreso, ascensos, etc., sino de los salarios, los cuales fueron dictados por medio de decretos con fuerza de ley. Bajo esta perspectiva una ordenanza que quebrante esa prohibición debe ser anulada, y los actos administrativos particulares que se expidan en contradicción con dicha prohibición son también anulables.

A partir de este razonamiento, los actos administrativos que decretaron primas de antigüedad a favor de los docentes nacionales y nacionalizados, serían contrarios a derecho, puesto que las autoridades departamentales no tenían competencia para determinar ni parcial ni totalmente el régimen salarial del magisterio. Es cierto que estos actos administrativos gozan de presunción de legalidad, pero deben ser demandados por las mismas autoridades departamentales para que en sentencia definitiva, la jurisdicción de lo contencioso administrativo decida si son o no nulos. Cabe advertir, que lo único que puede ser llamado una *"situación consolidada"* lo configuran las mesadas pagadas antes de la demanda, de conformidad con la segunda frase del numeral 2° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, según la cual *"los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buen fe."*

Además de lo anterior, pero ya dentro de la lógica del concepto del que me aparto, la conclusión sobre la validez de los actos administrativos que reconocieron las primas de antigüedad para los docentes en la Guajira debió ser la misma, esto es que gozan de presunción de legalidad pero deben demandarse los expedidos a partir de la constitución de 1991, puesto que la razón de la ilegalidad de la sentencia del Tribunal Administrativo de este departamento consistió en que, si bien bajo la anterior constitución la Asamblea podía dictar una ordenanza creando la prima, en vigencia de la nueva Carta carecía de esa atribución y por lo mismo ésta es nula. Obviamente que esta nulidad debe contarse desde la expedición de la

nueva Constitución, y no puede argumentarse la existencia de un derecho adquirido, puesto que el artículo 58 constitucional sólo garantiza los adquiridos con justo título, y es claro que si se adquirió un derecho a partir de una ordenanza declarada ilegal, si desaparece su fundamento desaparece el título con el que se adquirió, y por ende deja de ser justo y se torna en ilegítimo. Esta ilegitimidad debe ser declarada judicialmente, de allí la necesidad de demandar tales resoluciones ante la jurisdicción contencioso administrativa.

**ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO**