



Libertad y Orden

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO
-Sala de Decisión Sistema Procesal Oral-

Magistrado Ponente: Paulo León España Pantoja

Referencia:	Decreto de Medida Cautelar
Acción:	Nulidad Simple
Instancia:	Primera
Actor:	Contraloría Departamental de Nariño
Accionado:	Departamento de Nariño-Asamblea Departamental.
Radicado:	52-001-23-33-000-2015 – 00627-00

TEMA:

- Decreta medida cautelar
- Procedencia de la medida cautelar en el CPA y CA.
- Se exige el análisis del acto demandado y las normas invocadas, al igual que el estudio de las pruebas aportadas con la solicitud.
- No se requiere acreditación de infracción manifiesta, notoria u ostensible, tal como lo exigía el Decreto 01 de 1984.
- Competencia para fijar el régimen salarial de los servidores territoriales – Bonificación por Servicios Prestados.
- Aplicación de la sentencia C-402 de 2013- ésta impide extender por vía de principio de igualdad el Decreto

1042 de 1978 a los servidores públicos del orden territorial.

- Aplicación del Decreto 1919 de 2002.

Auto: 2015-906-SPO

San Juan de Pasto, siete (07) de octubre de dos mil quince (2015)

Procede el Tribunal a resolver la medida cautelar solicitada dentro del presente proceso presentado por el señor Fredy Enrique Muñoz Acosta, en su condición de apoderado de la Contraloría Departamental de Nariño, haciendo uso del medio de control de nulidad simple en contra de la Ordenanza N° 013 de 5 de mayo de 2003, por medio de la cual se estableció para los empleados del orden territorial del Departamento de Nariño, la bonificación por servicios prestados.

I. ANTECEDENTES

1. SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

La parte demandante solicita la suspensión provisional de la Ordenanza 013 del 05 de mayo de 2003, por el cual se establece la Bonificación por Servicios Prestados.

La solicitud de suspensión provisional se sustenta en las siguientes razones:

Nulidad Simple

Proceso No. 52-001-33-33-004-2015-627-00
CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO VS.
DEPARTAMENTO DE NARIÑO-ASAMBLEA DEPARTAMENTAL

Sustenta el actor que la solicitud de suspensión provisional radica en la incompetencia del órgano que expidió la ordenanza demandada.

Indica que la ordenanza 013 de 05 de mayo de 2003 infringe el art. 150 Num. 19, literal e) de la Constitución Política, el artículo 12 de la Ley 4 de 1992, artículo 1º del Decreto 1919 de 2002 y los artículos 42 y 45 del Decreto 1042 de 1978.

Manifiesta que la ordenanza 013 de 2003 desconoce e inaplica las normas Constitucionales, legales y precedente judicial, toda vez que la Asamblea Departamental no tiene facultades ni competencia para crear, modificar o extinguir prestaciones sociales ni elementos o factores salariales y mucho menos convertir un factor salarial en prestación social.

2. CONTESTACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA.

2.1 El Departamento de Nariño, por conducto de apoderado judicial presenta contestación a la solicitud de medida cautelar (fol. 52-56), oponiéndose a la misma, pues considera que la parte demandante no ha acreditado al menos sumariamente los perjuicios causados con el acto acusado de nulidad, tal como lo establece el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011.

Indica que el Juez o Magistrado previo a decidir sobre procedencia o no de la solicitud de medida cautelar deber realizar un análisis entre el acto

y las normas invocadas como trasgredidas, y adicionalmente debe estudiar las pruebas allegadas a la solicitud.

Indica que el actor pretende incluir como normas trasgredidas las establecidas en la Ley 4ª de 1991, Decreto 1919 de 2002 y Decreto 1042 de 1978, desconociendo lo manifestado amplia y repetitivamente por el Consejo de Estado que ha inaplicado la expresión “del orden nacional” acudiendo a la interpretación teleológica de las normas expedidas y a la tendencia del legislador a equiparar prestaciones a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Territorial con los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional.

Precisa que de la lectura del artículo 45 del Decreto 1042 de 1978 y del Decreto Nacional 1919 de 2002, se infiere que para los empleados públicos del orden territorial será aplicable el régimen de prestaciones sociales señalado para los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del poder público del Orden Nacional.

Finalmente aclara que el espíritu de la Ordenanza 13 del 5 de mayo de 2003 no es otro que hacer extensivo el factor salarial contemplado en el Decreto 1042 de 1978 a los empleados de la Rama Ejecutiva del nivel territorial, en aplicación del Decreto 1919 de 2002. En ese sentido, no supone en sí misma la creación de un factor salarial sino de la aplicación de lo preceptuado en la legislación y en el correspondiente análisis realizado por parte de las autoridades competentes.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. PROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL (Artículos 229 y 231 de la Ley 1437 de 2011)

- 1.1. Las medidas cautelares en la regulación contemplada en el nuevo Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo circunscriben su procedencia a los procesos declarativos, solicitud que puede presentarse antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte, debidamente sustentada¹. A su vez el artículo 231 del C.P.A y C.C.A. establece que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del **análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud**. Adicionalmente se indica que cuando la pretensión sea de restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

La suspensión provisional del acto acusado está instituida como garantía del principio de legalidad que debe revestir toda actuación de la administración y, por su absoluta celeridad, no debe dejar duda en el juzgador sobre su procedencia.

¹ Artículo 229 Ley 1437 de 2011

1.2. Se trata de una medida cautelar y accesoria a la petición principal de nulidad y restablecimiento del derecho, y su decisión es de tal trascendencia que implica resolver con auto interlocutorio una cuestión que es objeto de una sentencia.

Ahora no debe desconocerse que bajo la nueva normatividad que rige sobre medidas cautelares, la figura de la suspensión provisional se ha flexibilizado, esto es, ya no resulta menester comprobar la existencia de una infracción manifiesta de la ley, es decir, que la exigencia de una infracción calificada de fácil cotejo entre el acto demandado y la norma superior, ha desaparecido, para evitar que esta medida quede restringida a casos excepcionales. En este orden, si se encuentra que evidentemente hay una violación de la ley podrá directa e inmediatamente hacer efectiva la tutela judicial tomando la decisión de la suspensión provisional sin necesidad de esperar hasta la finalización del proceso para decirlo así en la sentencia mediante la cual se anule el acto correspondiente.²

2. SUSTENTACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR.

- De la demanda se colige que los cargos por los cuales el actor pretende la suspensión provisional y su posterior declaración de nulidad del acto acusado, se basa en la falta de competencia del órgano que expidió la ordenanza demandada para crear, modificar o extinguir prestaciones

² Libro Memorias. Seminario Internacional del Nuevo Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado.

Nulidad Simple

Proceso No. 52-001-33-33-004-2015-627-00
CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO VS.
DEPARTAMENTO DE NARIÑO-ASAMBLEA DEPARTAMENTAL

sociales y factores salariales, y para convertir un factor salarial en prestación social.

- De otro lado, la parte demandada señala que el actor no acreditó al menos de forma sumaria los perjuicios causados con los actos acusados de nulidad, según lo estipula el art. 231 del CPA y CA.

Frente a este señalamiento, es preciso resaltar que cuando la solicitud de medida cautelar se basa en la suspensión provisional del acto administrativo demandado, ésta procede cuando producto del análisis del acto acusado, las normas invocadas como vulneradas y las pruebas allegadas al proceso, se establece que en verdad existió violación al ordenamiento jurídico superior. Por su parte, el art. 231 señala como carga adicional a la parte que solicita la medida demostrar sumariamente la existencia del perjuicio cuando se pretende el restablecimiento del derecho. En el caso en concreto, por tratarse de medio de control de nulidad simple, la pretensión que busca la parte actora, está encaminada a la protección del ordenamiento jurídico.

Por lo tanto no hay lugar a exigir que se demuestre la existencia del perjuicio causado.

Finalmente indica que de acuerdo con la reiterada Jurisprudencia del Consejo de Estado y lo establecido en el Decreto 1042 de 1978 y 1919 de 2002, resulta aplicable el régimen de prestaciones sociales señalado para

los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del poder público del Orden Nacional a los empleados públicos de la rama del Orden Territorial.

3. RÉGIMEN PRESTACIONAL Y SALARIAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS TERRITORIALES -COMPETENCIA.

3.1 Según mandato constitucional, la competencia para fijar el régimen prestacional de los empleados públicos recae en el Gobierno Nacional. Los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política señalan que corresponde al Congreso de la República dictar las normas generales y los criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar dicho régimen, así como dictar las normas que regulen el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

(...)

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;

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

(...)

Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogárselas.

Es entonces, que a través de Ley 4 de 1992, ley marco, el Congreso estableció los objetivos y criterios para el régimen salarial y prestacional al cual debe sujetarse el Gobierno Nacional.

Ahora, en lo que respecta al nivel territorial la Constitución establece:

*Artículo 300. *Modificado por el Acto Legislativo No. 1 de 1996, nuevo texto:* Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:*

(...)

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

Artículo 305. Son atribuciones del gobernador:

(...)

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

(...)

Artículo 313. Corresponde a los concejos:

(...)

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

(...)

Artículo 315. Son atribuciones del alcalde:

7. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado.

De esta forma, la Constitución igualmente atribuyó a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales la competencia para determinar la estructura de la administración departamental y municipal, respectivamente; fijar también las **escalas de remuneración**. Y delegó en los Gobernadores y Alcaldes la facultad de crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias y fijar sus **emolumentos**.

3.2. Resulta necesario aclarar que en relación con la competencia para establecer el régimen salarial y prestacional de los entes territoriales, las Corporaciones Públicas Administrativas de los entes territoriales ostentan la competencia ajustada en torno a la Ley General expedida por el Congreso de la República y la reglamentación que con base en esta última realice el Gobierno Nacional. De esta manera no se puede hablar de una autonomía absoluta de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, quienes deben ejercer sus facultades dentro de los límites enmarcados por el Congreso de la República y el Gobierno Nacional. Ello tiene sustento en el art. 12 de la Ley 4 de 1992, en tanto señaló:

*ARTÍCULO 12. *Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE* El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.*

Nulidad Simple

Proceso No. 52-001-33-33-004-2015-627-00
CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO VS.
DEPARTAMENTO DE NARIÑO-ASAMBLEA DEPARTAMENTAL

En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.

PARÁGRAFO. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional.

La anterior norma fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-315 de 19 de julio de 1995, con ponencia del Magistrado Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En esta sentencia la Corte condicionó la interpretación de este artículo de la siguiente forma: "... siempre que se entienda que las facultades conferidas al gobierno se refieren, en forma exclusiva, a la fijación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales, al régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales territoriales y al límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales..."(subrayas del Tribunal).

Así, corresponde al Gobierno Nacional fijar el régimen prestacional de los empleados públicos de los entes territoriales, siguiendo los criterios establecidos en la Ley Marco.

De esta forma, las Corporaciones Públicas Administrativas y Ejecutivo de los entes territoriales tienen competencia para establecer las escalas salariales o escalas de remuneración y los emolumentos de los empleados territoriales dentro de los límites máximos establecidos por

el Gobierno Nacional. Correlativamente los Gobernadores y Alcaldes están facultados para fijar los emolumentos teniendo en cuenta los parámetros dictados por las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, mediante Ordenanzas y Acuerdos.

4. EL ACTO DEMANDADO EN SUSPENSIÓN PROVISIONAL

4.1 El texto del acto demandado es del siguiente tenor:

“ORDENANZA No. 013 DE 2003
(Mayo 5)

Por el cual se establece la Bonificación por Servicios Prestados
LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO

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

ORDENA:

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

ARTICULO SEGUNDO. *La presente ordenanza rige a partir de su publicación y para efectos fiscales a partir del primero (1º) de Septiembre de 2002.*

PUBLIQUESE Y CUMPLASE

Nulidad Simple

Proceso No. 52-001-33-33-004-2015-627-00

CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO VS.

DEPARTAMENTO DE NARIÑO-ASAMBLEA DEPARTAMENTAL

Dada en San Juan de Pasto, a los cinco (05) días del mes de Mayo del año dos mil tres (2003).

JAIRO CORAL ROMO

Presidente

ALVARO SANTACRUZ VIZUETTE

Secretario General"

En este acto demandado se encuentra que la Asamblea Departamental establece la Bonificación por Servicios Prestados para todos los empleados del orden territorial del Departamento de Nariño, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 1919 del 27 de agosto de 2002.

Habrà de verificarse entonces si el acto pedido en suspensión provisional contraría el literal e), e inciso del numeral 19 del artículo 150 Constitucional, artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, artículo 1º del Decreto 1919 de 2002 y artículos 42 y 45 del Decreto 1042 de 1978.

4.2. Ahora, cabe señalar que el Decreto 1042 de 1978, fue expedido bajo la Constitución de 1886 y la reforma de 1968. A través de esta normativa se estableció el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del **orden nacional**, fijó las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 5ª de 1978 y dictó otras disposiciones.

En efecto allí se reguló para los servidores del orden nacional lo atinente a factores salariales como la prima de servicios, bonificación de servicios prestados, gastos de representación, prima técnica, etc. (art. 42 y siguientes).

Ahora, según las precisiones de la sentencia C-402 de 2013, no sería dable invocar el principio de igualdad para entender que el régimen contenido en el Decreto 1042 de 1978 sea aplicable a los servidores del orden territorial.

4.3. En la decisión de Constitucionalidad- Decreto 1042 de 1978 se realiza un estudio para establecer si existe una discriminación injustificada que contradice el principio de igualdad, basándose en tres premisas, la primera consiste en la determinación suficiente acerca de los sujetos o situaciones jurídicas particulares y concretas respecto de la cual se predica el tratamiento desigual.

La segunda se basa en las razones que hacen que los sujetos o situaciones jurídicas sean comparables, es decir, el *tertium comparationis*. La tercera y última se basa en la identificación de una previsión de rango constitucional que justifique la adopción de un tratamiento distinto entre sujetos o posiciones jurídicas que *prima facie* deben estar reguladas de manera análoga en el ordenamiento jurídico.

Nulidad Simple

Proceso No. 52-001-33-33-004-2015-627-00

CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO VS.

DEPARTAMENTO DE NARIÑO-ASAMBLEA DEPARTAMENTAL

Finalmente la Corte Constitucional puntualizó que la comparación de prestaciones entre regímenes laborales diversos, dirigida a definir la existencia de un tratamiento discriminatorio injustificado, no resulta posible de manera general. Esto debido a que las prestaciones incluidas en cada régimen se comprende en el marco del sistema normativo en que se inscriben y, por ende, no son extrapolables a otra normatividad prevista para regular una pluralidad diversa de servidores públicos o trabajadores de derecho privado, indica que uno de los actores de diferenciación entre regímenes laborales, en el caso de los servidores públicos, es el **nivel central o territorial** al que se encuentren inscritos, lo que inhibiría promover un juicio de igualdad en ese escenario.

Ahora, en lo que respecta a los cargos propuestos contra los artículos demandados del Decreto 1042 de 1978, la Corte Constitucional concluye manifestando que el régimen salarial de los servidores públicos del orden territorial responde a una fórmula de armonización entre el inicio de Estado Unitario y el grado de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades locales.

Manifiesta que cada ente territorial está investido de la facultad de determinar los aspectos concretos de su régimen salarial, que respondan a las particularidades del ejercicio de la función pública en cada departamento, municipio o distrito, así como las variables presupuestales, la estructura institucional de la entidad territorial, el nivel de especialización profesional requerida. Se entiende entonces, según lo discurrido en este auto que la competencia de los entes

territoriales reposará específicamente en lo que atañe a las escalas de remuneración o escalas salariales y a la fijación de los emolumentos.

De esta forma, indica que sostener que el régimen salarial de los servidores públicos adscritos a la Rama Ejecutiva debe estar contenido en un solo estatuto, promulgado por el Gobierno, en ejercicio de las funciones otorgadas por el Congreso, vaciaría de contenido las competencias de las entidades territoriales y ello estaría en contradicción con el principio de autonomía que la Carta Política le reconoce a estas entidades.

Finalmente la Corte declara la exequibilidad de la expresión del “orden nacional” y las similares a ella contenidas en las normas examinadas del Decreto 1042 de 1978.

4.4. Sea preciso traer a relación algunos apartes de la sentencia C-402 de 2013, referida:

“8. En otras palabras, frente al régimen salarial de los servidores de Rama Ejecutiva en el nivel territorial, opera un mecanismo de armonización entre el principio del Estado unitario, que se expresa en la potestad del Congreso de prever objetivos y criterios generales y del Gobierno de prescribir la regulación particular, y el grado de autonomía de las entidades territoriales, que comprende la facultad para fijar las escalas de remuneración y los emolumentos correspondientes, en concordancia con el marco y topes previstos en la ley. Esta articulación responde, por ende, a un modelo jerárquico en el que las normas de raigambre legal, así como las de origen gubernamental, operan como marco de referencia para el ejercicio de la competencia que en materia de régimen salarial tienen los entes locales y respecto de sus servidores

Nulidad Simple

Proceso No. 52-001-33-33-004-2015-627-00

CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO VS.

DEPARTAMENTO DE NARIÑO-ASAMBLEA DEPARTAMENTAL

públicos. Esto, por supuesto, sin que esas normas de superior jerarquía estén constitucionalmente habilitadas para regular en su integridad el asunto, desconociendo con ello el mencionado grado de autonomía.
(...)

Más adelante concluye:

“En efecto, se ha explicado en esta sentencia que la determinación del régimen salarial de los servidores públicos del orden territorial responde a una fórmula de armonización entre el principio de Estado unitario y el grado de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades locales. A partir de ese marco, el Congreso y el Gobierno fijan los criterios y objetivos generales a los que se sujetan las entidades territoriales para el ejercicio de sus competencias, se insiste de raigambre constitucional, para la fijación de las escalas salariales y los emolumentos de los cargos adscritos a ellas.”
(...)

Así, tanto a partir de la Constitución derogada como de la Carta Política vigente, el Gobierno tenía vedado extender el campo de regulación a la determinación del régimen salarial de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del nivel territorial. Además, dicha extensión uniforme no puede llevarse válidamente a cabo de acuerdo al parámetro constitucional vigente, merced del grado de autonomía anteriormente explicado.”

4.5. Jurisprudencia Contencioso Administrativa

Reitérese que en el Decreto 1042 de 1978 se señaló los factores salariales para los empleados públicos, tales como a) Los incrementos por antigüedad contenidos en los artículos 49 y 97 ídem; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica; d) El auxilio de transporte; e) El auxilio de alimentación; f) La prima de servicio y g) **La bonificación por servicios prestados.**

Y si bien en el mismo Decreto se estipuló que éste se aplicaba a los funcionarios del nivel nacional, en reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado- Sección segunda, se ha extendido los factores salariales de los empleados públicos del orden nacional a los de orden territorial, en aplicación al principio de igualdad y la supremacía de las normas constitucionales, conllevando ello a la inaplicación de la expresión “del orden nacional”.

Empero, dicha extensión realizada por el Consejo de Estado, no sólo se realizó con respecto a los factores salariales, sino que también se hizo extensiva bajo la invocación del **régimen prestacional** previsto para los servidores del orden territorial, en el Decreto 1919 de 2002³, que en su art. 1º señaló: “gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional”. Es decir, este Decreto facultó la aplicación del régimen prestacional de los servidores de orden nacional a los de orden territorial.

De esta forma, la jurisprudencia del Consejo de Estado sentó un precedente jurisprudencial respecto a lo ya mencionado.

³ Por el cual se fija el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial

Nulidad Simple

Proceso No. 52-001-33-33-004-2015-627-00

CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO VS.

DEPARTAMENTO DE NARIÑO-ASAMBLEA DEPARTAMENTAL

Es así, como en sentencia de tutela del Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. María Claudia Rojas Lasso, fecha 7 de marzo de 2013 (proferida con anterioridad a la sentencia C-403 de 3 de julio de 2013), con radicado 11001031500020130013100, se ordenó proferir un nuevo fallo, conforme a derecho, haciendo extensivas los beneficios prestacionales contemplados en el Decreto 1042 de 1978 a los funcionarios del orden territorial. En tal providencia expresó:

*“La Sala considera que el Tribunal incurrió en error de apreciación de la situación fáctica y jurídica de los empleados públicos del orden territorial, pues a pesar de que en principio el Decreto 1042 de 1978 otorgó una serie de beneficios prestacionales únicamente a los empleados públicos del orden nacional y, que los municipios no pueden arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos, no es menos cierto que estos se encuentran en una **situación idéntica**, máxime cuando el legislador amparado en esta postura equiparó el régimen prestacional aplicable a los empleados públicos nacionales y territoriales al expedir el Decreto 1919 de 2002”.(negrilla fuera de texto).*

Como se ve la jurisprudencia se basó en la aplicación del principio de igualdad que debe operar entre los servidores del orden nacional y territorial.

4.6. No obstante, según ya se indicó, con la expedición de la sentencia C-403 de 2013, se colige que no puede hacerse extensiva la aplicación del régimen salarial y prestacional contenido en el Decreto 1042 de 1978 a los funcionarios de entidades territoriales.

De esta forma, considera el Tribunal que la sentencia referida es indicativa de que ya no se puede aplicar el criterio o principio de igualdad para extender las previsiones del Decreto 1042 de 1978 a los servidores del orden territorial. Es decir ya no podrá acudirse al argumento de inaplicación de la expresión “orden nacional” para que por vía de principio de igualdad se reconozcan algunos factores salariales previstos en dicha normativa a los servidores del orden territorial.

4.7. Restará indagarse entonces si por vía del Decreto 1919 de 2002 (esto es, por orden del legislador y no por principio de igualdad) tal normativa –Decreto 1042 de 1978- resulta extensiva en materia de régimen salarial a los servidores del orden territorial y si los factores salariales y prestacionales que no se encuentran desarrollados en otras normas diferentes al Decreto 1042 de 1978, como en este caso, respecto de la bonificación por servicios prestados, ya no podrán reconocerse a los funcionarios territoriales por no hacérseles extensivo este Decreto-Ley.

En efecto, observa la Sala que por orden del Legislador (Ley 4 de 1992) el Ejecutivo Nacional a través del Decreto Ley 1919 de 2002 extiende el régimen de **prestaciones sociales** señalados para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional a todos los empleados públicos del orden territorial y que allí menciona. Es decir que para efecto del régimen prestacional ya no es necesario acudir al principio de igualdad para extender tal régimen prestacional.

Nulidad Simple

Proceso No. 52-001-33-33-004-2015-627-00

CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO VS.

DEPARTAMENTO DE NARIÑO-ASAMBLEA DEPARTAMENTAL

4.8. Ahora bien, caso distinto ocurre en el caso del régimen salarial de los empleados territoriales, pues como se indicó líneas atrás, con la expedición de la sentencia C-403 de 2013, no es procedente extender la aplicación del régimen salarial contenido en el Decreto 1042 a los funcionarios de entidades territoriales, dando aplicación al criterio o principio de igualdad.

Cabe anotar como en este caso la bonificación por servicios prestados no es una prestación social, sino un **elemento de salario** consagrado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del poder público del Orden Nacional, de acuerdo al Decreto 1042 de 1978⁴. En ese sentido, los

⁴ “**Artículo 42°.-** De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. Son factores de salario:

(...)

g) La bonificación por servicios prestados.

(...) (Subrayado fuera de texto)

Artículo 45°.- De la bonificación por servicios prestados. A partir de la expedición de este Decreto, créase una bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el artículo 10.

NOTA: Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-402 de 2013.

Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial.

Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo a otro de los enumerados en el artículo 1 de este decreto, el tiempo laborado en el primero se tendrá en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la bonificación, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio.

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

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

elementos no se constituyen en un derecho por sí mismo para los empleados del Orden Territorial, toda vez que su campo de aplicación no se ha extendido a los empleados de ese nivel. Cabe reiterar que a través del Decreto 1919 de 2002, solo se hizo extensivo régimen de **prestaciones sociales** a todos los empleados públicos del orden territorial que allí menciona, más no el régimen salarial.

4.9. Por otra parte, cabe reiterar que existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de las mencionadas entidades, esto es: el Congreso de la República que señala los principios y parámetros que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional, para fijar los límites máximos en los salarios de estos servidores; en tanto que las Asambleas y los Concejos, fijarán las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, y los Gobernadores y Alcaldes, sus emolumentos, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las Asambleas y los Concejos, emolumentos que en ningún caso podrán desconocer los topes máximos que para el efecto fijó el Gobierno Nacional. En ese sentido, es claro que la Asamblea Departamental de Nariño no tiene competencia para fijar el régimen salarial.

En el presente asunto, dado que la Ordenanza No. 013 de mayo 5 de 2003, estableció la bonificación por servicios prestados para todos los empleados públicos del orden territorial del Departamento de Nariño, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 1919 de 2002, se encuentra que ésta no solo desconoce la competencia establecida para las Asambleas Departamentales, sino que además lo dispuesto en el

Nulidad Simple

Proceso No. 52-001-33-33-004-2015-627-00
CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO VS.
DEPARTAMENTO DE NARIÑO-ASAMBLEA DEPARTAMENTAL

Decreto 1042 de 1978 y el Decreto 1919 de 2002. En ese sentido se dispondrá la suspensión provisional de la Ordenanza No. 013 de mayo 5 de 2003.

Es más, obsérvese que en el texto de la Ordenanza 013 de 2013, se dispone que la bonificación por servicios prestados “será liquidada y cancelada de conformidad a las normas legales vigentes...”. Tal previsión no hace sino remitir entre otras normas al Decreto 1042 de 1978, normativa que según sentencia C- 403 de 2013 no resulta extensible a los empleados públicos del orden territorial.

4.10. Finalmente, téngase presente que con la nueva normatividad contenida en la ley 1437/2011(art. 230) la suspensión provisional es una cautela que goza de las características de medida preventiva y conservativa. En efecto a través de ella se busca evitar que se produzca un daño o aumente el daño ocasionado a la administración. Se torna en medida conservativa en tanto busca mantener la situación administrativa o jurídica existente en momentos anteriores a la expedición del acto administrativo.

Si la suspensión provisional suspende la ejecución o aplicación del acto se estará evitando el perjuicio que alega la administración demandante. De esta manera se considera que no necesariamente el acto debe estarse ejecutando para que se pueda invocar la suspensión provisional. Correlativamente el perjuicio que exige la norma (art. 231) no necesariamente debe haberse causado; la cautela es la que permite que el perjuicio advertido con la ejecución del acto administrativo se

prevenga y evite el perjuicio alegado. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la decisión de fondo que haya de producirse. Así, la norma en comento advierte que el decreto de medidas cautelares no implica prejuzgamiento (art. 229 ídem).

4.11. Advirtiéndose entonces una notable contrariedad entre lo dispuesto en el acto demandado y lo preceptuado en las normas superiores y legales que se invocan como vulneradas, se concluye que se dan los presupuestos para disponer la suspensión provisional del acto demandado en la medida en que incurre en causal de anulación de violación de normas a las que debían sujetarse. En consecuencia según ya se anotó, se dispondrá la suspensión provisional solicitada.

4.12. Valga precisar que la suspensión provisional del acto se dispone en el entendido que el acto se encuentra vigente, desconociendo si se está ejecutando o no. Sí eventualmente el mismo no está vigente bien ha podido surtir efectos jurídicos durante su vigencia y por ende susceptible de ser controlada su legalidad.

En consideración a lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO,

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECRETAR la SUSPENSION PROVISIONAL de la Ordenanza No. 013 de mayo 5 de 2003, emanada por la Asamblea Departamental de Nariño, por la cual se establece la Bonificación por Servicios Prestados.

Nulidad Simple

Proceso No. 52-001-33-33-004-2015-627-00
CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO VS.
DEPARTAMENTO DE NARIÑO-ASAMBLEA DEPARTAMENTAL

Oficiase comunicando tal medida. El oficio será retirado por la parte demandante quien solicitó la medida cautelar.

SEGUNDO: Se reconoce personería jurídica para actuar al Dr. WALTER IVÁN VALLEJO GUERRERO, con Cédula de Ciudadanía No 12.965.418 y con T.P. No. 142.002 del CS de la J., en su calidad de apoderado del Departamento de Nariño, en los términos y alcances del poder incorporado con el escrito de contestación a las medidas cautelares.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


PAULO LEÓN ESPAÑA PANTOJA
MAGISTRADO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

La Providencia precedente se Notifica mediante fijación en ESTADOS ELECTRÓNICOS
((<http://www.ramajudicial.gov.co/csj/publicaciones/ce/seccion/400/1311/4324/Estados-electrónicos>) ó
(www.ramajudicial.gov.co/TribunalesAdministrativos/Nariño/TribunalAdministrativo04/EstadosElectrónicos)

ESTADOS, HOY OCHO (8) de Oct de 2015, A
LAS 8:00 A.M.


MARCELA ENRÍQUEZ RUÍZ
Secretaria.