

**VIGENCIA DE LA ORDENANZA DEPARTAMENTAL 13 DE 1947 DENTRO DEL
MARCO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991**

**KARLA STEPHANY TRIANA LOZADA
LILIANA MARCELA PAEZ PORTILLO
YESSICA JACQUELINE ROCHA BERNAL**

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
Bogotá D.C., 2014**

**VIGENCIA DE LA ORDENANZA DEPARTAMENTAL 13 DE 1947 DENTRO DEL
MARCO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991**

**KARLA STEPHANY TRIANA LOZADA
LILIANA MARCELA PAEZ PORTILLO
YESSICA JACQUELINE ROCHA BERNAL**

**Asesor Metodológico
MISAEEL TIRADO ACERO
Sociólogo Jurídico, Ph.D**

**Asesor Temático
Dr. IGNACIO GONZÁLEZ
Abogado, Mg Derecho Público**

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
Bogotá D.C., 2014**

NOTA DE ACEPTACIÓN

Presidente del Jurado.

Jurado.

Jurado.

Fecha:

DEDICATORIA

El presente trabajo está dedicado a los funcionarios públicos del nivel central de la Gobernación de Cundinamarca y a todos los docentes de la especialización de derecho administrativo de la Universidad la Gran Colombia, quienes con su valioso aporte hicieron que este trabajo se utilice como una herramienta jurídica, para la protección de los derechos laborales adquiridos.

Igualmente expresamos la conformidad de ceder los derechos de reproducción y circulación de este trabajo en forma NO EXCLUSIVA, a la Facultad de Derecho de la Universidad la Gran Colombia, dicha reproducción y circulación se podrá realizar, una o varias veces con fines educativos.

CONTENIDO DE LA MONOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA ORDENANZA 13 DE 1947 EXPEDIDA POR LA ASAMBLEA DE CUNDINAMARCA.	2
1.1 Asignación salarial contenida en el artículo 5 de la Ordenanza 13 de 1947.	2
1.2. Beneficiarios del incremento salarial.	7
1.4. Derogatoria.	10
CAPITULO II. POSICIONES ENCONTRADAS RESPECTO CON LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 5 DE LA ORDENANZA DEPARTAMENTAL No. 13 DE 1947.	13
2.1. Conceptos emitidos por el Consejo de Estado frente a la aplicación de la Ordenanza Departamental a los funcionarios públicos del nivel central de la Gobernación de Cundinamarca.	13
2.2. Conceptos emitidos por la Gobernación de Cundinamarca frente a la aplicación de la Ordenanza Departamental a los funcionarios públicos del nivel central de la Gobernación de Cundinamarca.	19
2.3. Conceptos emitidos por los representantes de los funcionarios del nivel central de la Gobernación de Cundinamarca.	21
2.4 Principio del no menoscabo de derechos o condición más beneficiosa	23

**CAPITULO III. PRONUNCIAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA Y DE LA CONSTITUCIONAL. 24**

3.1. Jurisprudencia que predica la derogatoria tácita a la entrada en vigencia de la
Constitución Política de 1991. 24

3.2. Jurisprudencia que reconoce la aplicación del artículo 5 de la Ordenanza
Departamental. 29

CONCLUSIONES 34

BIBLIOGRAFÍA 35

1. INTRODUCCIÓN

Jurídicamente se pretende estudiar, si con la expedición de la Constitución Política de 1991, la Ordenanza 13 de 1947 emitida por la Asamblea de Cundinamarca se encuentra vigente y si en la actualidad le es aplicable a los funcionarios públicos del nivel central de la Gobernación de Cundinamarca.

Mediante un análisis queremos presentar herramientas jurídicas que puedan ser utilizadas cuando nos encontremos frente a un limbo normativo en la aplicación de acreencias laborales en beneficio de los empleados públicos del nivel central del departamento de Cundinamarca, con el fin de proteger los derechos laborales que han sido adquiridos.

Igualmente se quiere dar a conocer las posiciones jurisprudenciales que se ha venido produciendo por nuestro organismo judicial, como el Consejo de Estado, Tribunal Contencioso Administrativo y Juzgados Administrativos, frente a la aplicación del reconocimiento del 20% de sobresueldo contentivo en el artículo 5 de la Ordenanza 13 de 1947 para los empleados públicos del departamento de Cundinamarca.

Con este trabajo de investigación se pretende dar fuerza jurídica al principio de presunción de legalidad y favorabilidad respecto de los derechos adquiridos por los funcionarios públicos del nivel central de la Gobernación de Cundinamarca, a quienes se les ha venido aplicando el reconocimiento del 20% de sobresueldo posterior a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

La presente investigación se inscribe a la línea central de investigación de la Universidad La Gran Colombia denominada **DERECHO PARA LA JUSTICIA, LA CONVIVENCIA Y LA INCLUSIÓN SOCIAL** y en la sub-línea de **DERECHO CONSTITUCIONAL, REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**.

CAPITULO I

ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA ORDENANZA 13 DE 1947 EXPEDIDA POR LA ASAMBLEA DE CUNDINAMARCA.

Los antecedentes normativos que se pretenden estudiar, generan un soporte jurídico con los que se busca transmitir argumentos claros y precisos para tomar una postura frente a los derechos laborales de los funcionarios del nivel central de la Gobernación de Cundinamarca.

1.1 Asignación salarial contenida en el artículo 5 de la Ordenanza 13 de 1947.

Bajo la vigencia de la Constitución Política del 86 la clasificación de los servidores públicos era de origen legal. La noción de servidor público que la Constitución de 1.991 emplea en diferentes normas, artículos 6, 122, 123, 124, 126, 127 y 129, sugiere la idea de la asignación y cumplimiento de funciones estatales por una persona natural y son aquellos que se vinculan a la administración mediante una relación legal y reglamentaria. Y trabajadores oficiales quienes lo hacen mediante una relación de carácter contractual, como lo hacen los trabajadores del sector privado.

Según los términos del artículo 123 de la Constitución Política, *“son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”*.

El artículo 125 de nuestra carta a su turno establece en lo pertinente: *“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”*.

Así pues, dentro del género “servidor público”, se comprenden según la Constitución diferentes especies como son: los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales.

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

- El salario es una contraprestación que tiene carácter retributivo.
- El salario comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado.
- El salario es una contraprestación directa y onerosa por la prestación de un servicio.
- El salario no opera por la mera liberalidad del empleador.
- El salario constituye un ingreso personal del trabajador en su patrimonio.

El Consejo de Estado, la Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto radicado bajo el número: 954 del veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997) establece:

*"De conformidad con la ley, constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie **como contraprestación directa del servicio**, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones **habituales**, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas o comisiones. Según jurisprudencia coincidente de esta corporación y de la Corte Suprema de Justicia se requiere: **que exista una relación laboral; que la suma recibida corresponda a la contraprestación que el empleador debe al trabajador no sólo por la prestación de sus servicios sino por el hecho de ponerse bajo la permanente subordinación del primero; que no corresponda a una gratuidad o mera liberalidad del empleador** y que, además no sea habitual, y que constituya un ingreso personal del trabajador y, por tanto, que no corresponda a lo que*

éste recibe en dinero o 'en especie para desempeñar a cabalidad las funciones encomendadas por el empleador". (Negrilla fuera del texto original).

La Sentencia 4635 del 7 de abril de 1994 Expediente No. 4635 (Consejero Ponente Delio Gómez Leyva. Consejo de Estado Sección Cuarta) prevé: *"En la medida en que el pago se haga regularmente en forma habitual o que, aun cuando se efectúe por única vez, exista obligación de pagarlo, constituye retribución del servicio y por lo tanto es salario"*

La Corte Constitucional en la Sentencia C- 1218 del 2001 (M.P. Alvaro Tafur Galvis Corte Constitucional Sala Plena) establece: (...) *"la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, afirman que, para el sector público, el concepto de salario comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución a sus servicios, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones, gastos de representación, etc., adicionales a la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos"*.

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

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

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

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

Son factores de salario:

- a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este decreto;
- b) Los gastos de representación
- c) La prima técnica
- d) El auxilio de transporte
- e) El auxilio de alimentación
- f) La prima de servicio
- g) La bonificación por servicios prestados, y
- h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.

En concordancia con lo anterior, en concepto reciente No. 1393 del 18 de julio de 2002, (C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil) esta Sala con el fin de precisar el alcance de los términos salario y factor salarial, contenidos en la disposición citada, expuso:

*"El **salario** "... aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador...". En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo (subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo*

*que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones." En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que "además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, **constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.**"*

El **sueldo**, tal y como lo precisó esta Sala en Consulta 705 de 1995 (C.P. Javier Henao Hidrón, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil) *"es una noción restringida que coincide con la asignación básica fijada por la ley para los diversos cargos de la administración pública, mientras que el **salario** es una noción amplia que comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.*

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

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

1.2. Beneficiarios del incremento salarial.

Al no estar derogada la ordenanza 13 de 1947 emitida por la Asamblea de Cundinamarca mediante la cual en su artículo 5 dispone: “(...) *Los empleados y obreros del Departamento que hayan cumplido veinte años o más, al servicio de Cundinamarca, que no hayan sido pensionados y que se hallen en el ejercicio de sus funciones con una antigüedad no menor de cinco a los, sin solución de continuidad no menor de cinco años, sin solución de continuidad tendrán derecho a un aumento del veinte por ciento del sueldo o jornal que devenguen (...)*”, la administración departamental bajo el principio de presunción de legalidad debe dar aplicación al reconocimiento del 20% de sobresueldo a los funcionarios públicos del nivel central de la Gobernación de Cundinamarca.

Pues en desarrollo a la investigación se pretende demostrar si existe decaimiento del acto administrativo que otorgó el beneficio salarial a los empleados públicos del sector central de la Gobernación de Cundinamarca.

De igual manera es importante destacar los diferentes planteamientos que ha tomado la jurisdicción de lo contencioso administrativo frente a la aplicación del citada norma.

Es necesario dejar claro que los derechos laborales adquiridos por los funcionarios públicos posteriores a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 se encuentran bajo la protección constitucional consagrada en el artículo 53, de tal manera que deben prevalecer los derechos fundamentales de los funcionarios.

Nuestra Constitución Política al referirse al principio de legalidad, indica que todo acto o conducta se debe regir por la ley vigente al momento de su realización “tempus regit actum”; como norma general, prohibiendo la aplicación extractiva de la ley, sea que ello se haga retroactivamente –actividad hacia atrás actividad hacia futuro; sin embargo, atendiendo al carácter restrictivo de la libertad que tienen las leyes penales es posible, en aplicación del principio de favorabilidad, excepcionar dicho postulado general y de

tal forma aplicar una ley derogada a casos futuros y aplicar la ley nueva a hechos pasados.

“Es claro que la modificación o derogación de una norma surte efectos hacia el futuro, salvo el principio de favorabilidad, de tal manera que las situaciones consolidadas bajo el imperio de la legislación objeto de aquella no pueden sufrir menoscabo. Por tanto, de conformidad con el precepto constitucional, los derechos individuales y concretos que ya se habían radicado en cabeza de una persona no quedan afectados por la nueva normatividad, la cual únicamente podrá aplicarse a las situaciones jurídicas que tengan lugar a partir de su vigencia” (M.P. Fabio Morón Díaz, Corte Constitucional Sentencia C-402 de 1998)

La necesidad de establecer cuál es la ley que debe regir un determinado asunto, se presenta cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva ley, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos, evento en el cual debe el operador judicial por mandato constitucional, acudir al principio de favorabilidad.

Como su nombre lo indica, el incremento por antigüedad es un aumento en el sueldo que recibe el empleado público por la continua permanencia en el servicio o en el empleo público, y hace parte del sueldo, pues así lo entendió el Consejo de Estado al expresar que el incremento por antigüedad hace parte del salario, tras señalar: *“...En resumen, tanto la ley como la jurisprudencia y la doctrina, han considerado siempre como salario la prima de antigüedad”*.

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 esa permanencia.

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

Entonces acogiendo las medidas señaladas en la variedad de jurisprudencia que al respecto existe, al igual que en el decreto 1042 de 1978, la legislación actual en materia laboral para el sector público y las normas internacionales expedidas por la OIT, queda claro que la naturaleza jurídica del incremento del sobresueldo por antigüedad o la prima por antigüedad, es salario y hace parte del factor prestaciones de los empleados públicos.

Así las cosas, y de acuerdo a lo que hasta el momento se ha dicho, se puede establecer que el incremento consagrado en la Ordenanza 13 de 1947 es sueldo y hace parte del factor prestaciones de los empleados del Departamento de Cundinamarca, prestación que debe ser de manera periódica, y se reconoce con el fin de mejorar la calidad de vida de dichos servidores públicos, a quienes le sea otorgado el beneficio laboral siempre y cuando cumplan con los requisitos que señale la norma. Del mismo modo, reiterando lo ya expresado, fuerza concluir, que la naturaleza jurídica del sobresueldo del 20% es salario.

De esta manera a la luz la Constitución Política de 1991 y de las normas jurídicas, se concluye que el sobresueldo del 20% contemplado en la Ordenanza 13 de 1947, tiene un origen salarial por que fue hecho para que el servidor público lo recibiera de una forma habitual y periódica e ingresara a su patrimonio, como contraprestación del tiempo laborado y la fuerza utilizada en la prestación del servicio, y viéndose representada sobre la asignación básica mensual que devenga el trabajador.

También podemos señalar, que la aplicabilidad y validez del derecho estipulado en la Ordenanza de Cundinamarca, debe ser de forma directa, no acudiendo al juez natural para que al servidor público le reconozcan la acreencia laboral que evidentemente es

de carácter cierto e indiscutible, sino que tan pronto el servidor cumpla con los requisitos señalados allí, desde un comienzo, su reconocimiento por el ente territorial debe ser automático

1.3 Derogatoria

La derogación es una figura jurídica a través de la cual una ley posterior deja sin efectos una anterior; el código civil no define la derogación como tal, sino que contempla unas clases de derogación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 71 del código civil, la derogación de las leyes podrán ser expresa o tácita.

1. Es expresa, cuando la nueva ley lo dice expresamente que deroga la antigua. se encuentra contenida en el cuerpo de la ley, es decir, que la ley enuncia que, una ley anterior o parte de ella queda derogada, pues además la derogación puede ser parcial pues solo parte de la ley anterior puede derogarse.
2. Es tácita, La derogación tiene como función “dejar sin efecto el deber ser de otra norma, expulsándola del ordenamiento. Por ello se ha entendido que la derogación es la cesación de la vigencia de una disposición como efecto de una norma posterior”, que no se fundamenta en un cuestionamiento sobre la validez de la normas, por ejemplo, cuando es declarada inexecutable, “sino en criterios de oportunidad libremente evaluados por las autoridades competentes, y en especial, en relación con las leyes por el Congreso. Así la derogación no deriva de conflictos entre normas de distinta jerarquía sino de la libertad política del legislador. La derogación no afecta tampoco ipso iure la eficacia de la norma derogada, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no puede conciliarse con las de la ley anterior. cuando las disposiciones de la ley que deroga no pueden concertarse con las de la ley anterior, es decir que van en contravía con lo estableció en la ley esta, de conformidad con lo establecido en la parte final del artículo 71 del código civil, el cual establece lo siguiente:

“La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial”.

Se diferencia la derogatoria expresa de la tácita, en que la primera se encuentra contida de manera clara y precisa en el cuerpo normativo de la ley posterior. Además de la derogación existe otra figura denominada subrogación, la subrogación se diferencia de la derogación en que, los efectos jurídicos de la subrogación son la modificación de ciertos artículos de la ley, mientras que la derogación desaparece la ley de la vida jurídica, la subrogación la modifica sin desaparecerla.

La derogación tiene como función (Sentencia C-901/11) *“dejar sin efecto el deber ser de otra norma, expulsándola del ordenamiento. Por ello se ha entendido que la derogación es la cesación de la vigencia de una disposición como efecto de una norma posterior”, que no se fundamenta en un cuestionamiento sobre la validez de la normas, por ejemplo, cuando es declarada inexecutable, “sino en criterios de oportunidad libremente evaluados por las autoridades competentes, y en especial, en relación con las leyes por el Congreso. Así la derogación no deriva de conflictos entre normas de distinta jerarquía sino de la libertad política del legislador. La derogación no afecta tampoco ipso iure la eficacia de la norma derogada, pues en general las situaciones surgidas bajo su vigencia continúan rigiéndose por ella, por lo cual la norma derogada puede mantener su eficacia, la cual poco a poco se va extinguiendo. Esto es precisamente lo que justifica que la Corte se pronuncie incluso sobre normas derogadas cuando éstas siguen produciendo efectos, con el fin de hacerlos cesar, por ministerio de la declaratoria de inexecutable, si tales efectos son contrarios a la Carta”. En la sentencia C-159 de 2004 examinó la constitucionalidad de los artículos 71 y 72 del Código Civil, que contemplan la figura de la derogación clasificándola en expresa y tácita, como también se refirió al artículo 3º de la Ley 153 de 1887 que establece la derogación orgánica. Señaló que en la derogación expresa el legislador determina de manera precisa el o los artículos que retira del ordenamiento, por lo que no se hace necesaria ninguna interpretación, ya que simplemente se cumple una función de exclusión desde el momento que así se establezca. La derogación orgánica refiere a cuando*

la nueva ley regula integralmente la materia, que en términos de la Corte Suprema de Justicia supone “que la nueva ley realiza una mejora en relación con la ley antigua; que aquella es más adecuada a la vida social de la época y que, por tanto, responde mejor al ideal de justicia, que torna urgente la aplicación de la nueva ley; [...] que por lo mismo debe ser lo más amplia posible para que desaparezcan las situaciones que el propio legislador ha querido condenar y evidentemente arrasó con la ley nueva”. Por su parte, la derogación tácita obedece a un cambio de legislación, a la existencia de una incompatibilidad entre la ley anterior y la nueva ley, lo cual hace indispensable la interpretación de ambas leyes para establecer la vigente en la materia o si la derogación es parcial o total. Tiene como efecto limitar en el tiempo la vigencia de una norma, es decir, suspender su aplicación y capacidad regulatoria, aunque en todo caso el precepto sigue amparado por una presunción de validez respecto de las situaciones ocurridas durante su vigencia. Cuando se deroga tácitamente una disposición no se está frente a una omisión del legislador sino que al crear una nueva norma ha decidido que la anterior deje de aplicarse siempre que no pueda conciliarse con la recientemente aprobada. Así lo ha sostenido la Corte al indicar que “la derogación no siempre puede ser expresa, pues ello implicaría confrontar cada nueva ley con el resto del ordenamiento. Es decir, se le exigiría al Congreso una dispendiosa labor que no tiene razón de ser, pues la tarea legislativa se concentra en asuntos específicos definidos por el propio Congreso, con el objeto de brindar a los destinatarios de las leyes seguridad jurídica y un adecuado marco para la interpretación y aplicación de las mismas (v. gr. sentencia C-025 de 1993)”. Además, para que sea posible la derogación debe darse por otra de igual o superior jerarquía. Entonces, la derogación tácita es aquella que surge de la incompatibilidad entre la nueva ley y las disposiciones de la antigua, que suele originarse en una declaración genérica en la cual se dispone la supresión de todas las normas que resulten contrarias a la expedida con ulterioridad. La Corte debe analizar la vigencia de la disposición acusada, antes de adelantar el examen de constitucionalidad, que implica un juicio de validez en estricto sentido. Si la norma legal que se demanda no se encuentra vigente, por haber sido derogada de manera tácita, no tendría razón de ser habilitar el juicio de constitucionalidad, procediendo una decisión inhibitoria, salvo que la norma derogada continúe produciendo efectos jurídicos

Así las cosas, no existe derogación tácita debido a que no hay ninguna ley vigente que derogue a la norma “ARTÍCULO 5 DE LA ORDENANZA DEPARTAMENTAL No. 13 DE 1947”, en razón a que en la actualidad sigue vigente dicho acto administrativo.

CAPITULO II

POSICIONES ENCONTRADAS RESPECTO CON LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 5 DE LA ORDENANZA DEPARTAMENTAL No. 13 DE 1947.

Nuestra jurisdicción Contenciosa Administrativa, lamentablemente no ha unificado las diferentes posiciones que han generado nuestros magistrados con la interpretación que cada uno de ellos ha emitido, lo cual significa que no existe seguridad jurídica frente al tema, colocando en desigualdad a los funcionarios del nivel central de la Gobernación de Cundinamarca.

Al respecto entraremos a mencionar algunas de las posturas adoptadas por nuestros magistrados.

2.1. Conceptos emitidos por el Consejo de Estado frente a la aplicación de la Ordenanza Departamental a los funcionarios públicos del nivel central de la Gobernación de Cundinamarca.

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

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

De lo anterior se interpretan cuatro requisitos esenciales que se deben tener en cuenta tanto el operador jurídico como el funcionario público:

- ✓ El obrero o el empleado esté al servicio del Departamento de Cundinamarca
- ✓ Cumplir 20 años o más al servicio del ente territorial
- ✓ Que el empleado no sea pensionado
- ✓ Ejercicio de sus funciones con una antigüedad no menor a cinco años sin solución de continuidad

Requisitos que se deben cumplir y sin los cuales no es procedente el reconocimiento de la acreencia laboral.

El Consejo de Estado (C.P. Susana Montes de Echeverri, Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil), se pronunció en relación con la Ordenanza N° 13 de 1947, concretamente, en alusión al aumento del 20% sobre el sueldo o jornal. Consulta importante, porque además de concretar los diferentes valores que por concepto de una relación laboral con el sector público se derivan, precisa sobre los alcances y efectos de actos administrativos expedidos en vigencia de la Constitución Nacional de 1886, creadores de factores salariales por autoridades departamentales (prima anual de servicios, sobresueldos, bonificaciones, etc.), en desarrollo de competencias autónomas y, que como resultado de los principios generales sobre régimen salarial y prestacional, consignados en la actual Constitución Política, ya señalados, la citada autonomía, se restringió.

Por lo anterior, surge la discusión si con ocasión de la expedición de la Carta Política de 1991, la Ordenanza mencionada, es inconstitucional, la cual necesariamente trae a colación la diferenciación entre los fenómenos jurídicos de la inconstitucionalidad sobreviniente y la inaplicabilidad por incompatibilidad.

La inconstitucionalidad sobreviniente se presenta cuando una disposición originalmente constitucional y por tanto exequible, por razón de la nueva constitución se convierte en inconstitucional, esto genera para el caso particular la inaplicación, pero desde el punto de vista del derecho objetivo, debe aceptarse que en realidad lo que se ha presentado

es el fenómeno de la derogatoria, así lo prevé el artículo 9º de la Ley 153 de 1887, al fijar criterios de interpretación de la ley:

ART. 9º- “La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente”.

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

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

Facultad legislativa en materia de fijación de emolumentos salariales para los empleados públicos.

al determinar si la Ordenanza 13 de 1947 del Departamento de Cundinamarca que en su artículo 5º, contempla un emolumento salarial para los servidores públicos por lo que es constitucional o inconstitucional, es necesario indagar desde la Constitución del año 1886, hasta la época.

Inicialmente, con la expedición de la Constitución de 1886, ésta facultó al Congreso de la República de Colombia, para la creación de las leyes, en las cuales, debían regular

todos los temas y aspectos referentes a la regulación del servicio público, determinando sus dotaciones.

No cabe duda que el ordenamiento jurídico a la entrada en vigencia de la nueva carta superior, no le es aplicable el denominado fenómeno jurídico de la inconstitucionalidad sobreviniente, pues siguiendo los parámetros allí estipulados, las únicas formas para que una norma del nuevo o del anterior tránsito legislativo sea declarada inconstitucional, en primer momento, es la violación directa a la constitución sobrepasando las facultades y competencias ya definidas en ella, y en segundo lugar, que no esté acorde con los requisitos determinados en la época en que fue creada la normatividad, luego entonces, reiterando lo ya manifestado por la jurisprudencia, las normas que cumplan con los requisitos materiales y formales para creación, gozaran de plena validez jurídica.

Entonces, conforme a lo manifestado hasta el momento y cotejándolo con la Ordenanza 13 de 1947, se deduce que es una norma vigente, no sobreviniéndole la llamada inconstitucionalidad, al haber sido creada cuando el órgano departamental contaba con la capacidad constitucional para hacerlo, y no quedando proscrita por la actual Constitución.

“En concepto de la Sala, toda vez que la ordenanza departamental está vigente, es necesario para efectos de continuar reconociendo un derecho cuyo título es válido, revisar por parte de la entidad territorial que las erogaciones que se están efectuando correspondan a los límites máximos fijados por el Gobierno Nacional en el Decreto 693 de 2002, pues en este caso, al existir disposición expresa, el ente departamental no puede pretermitir su aplicación” (C.P. Susana Montes de Echeverri, Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 1518 de septiembre 11 de 2003)

Determinada la vigencia de la Ordenanza precitada, se entra a analizar el aspecto referente a quienes se les aplica el beneficio contenido en el artículo 5º de la Ordenanza 13 de 1947, en el sentido de fijar el alcance de los empleados y obreros del Departamento.

Otro punto de vista frente a este tema se debe evaluar los principios que favorecen el empleado.

2.1.1. Concepto emitido por el Consejo de Estado frente a la existencia de una derogatoria tácita de la Ordenanza 13 de 1947, la cual no beneficia a los empleados vinculados después de 1968.

Al transcurso de la presente investigación se encontró diferentes posiciones jurídicas referente a la aplicabilidad del artículo 5 de la Ordenanza 13 de 1947 emitida por la Asamblea Departamental de Cundinamarca, dejando un vacío normativo e incertidumbre jurídica al tener diferentes planteamientos sin existir unificación de criterios, pues también el Consejo de Estado hace una interpretación indicando que las normas que fijaron salarios con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 le sobreviene la llamada derogatoria tácita.

Siendo ello así y bajo la interpretación que le hace el Consejo de Estado, es claro que los funcionarios del nivel central de la Gobernación de Cundinamarca dejarían de percibir este beneficio salarial y se estaría bajo la vulneración de los derechos adquiridos de que trata el artículo 53 de la Constitución Política de 1991.

La tesis que sostiene el Consejo de Estado se basa en la derogatoria tácita, resultando improcedente reconocer emolumentos previstos en la Ordenanza a los empleados que prestan sus servicios en el ente territorial, máxime cuando se vincularon después de 1968 bajo el entendido que para que exista derogatoria de las normas creadas por un nuevo competente no es necesario derogar expresamente actos administrativos que en materia salarial hubieran proferido, en este caso la Asamblea Departamental, sino con

el mero ejercicio de sus competencias regulatorias deja por fuera cualquier disposición que le sea contraria.

De tal manera que el Consejo de Estado bajo el MP. Victor Hernando Alvarado Ardila en sentencia No. 25000-23-25-000-2004-08852-01(1313-08), del 27 de octubre de 2011, realizó un estudio en el siguiente sentido:

.... Vigencia y aplicabilidad de la Ordenanza 13 DE 1947, de 1968 a 1991.

A través del artículo 5º de la Ordenanza del epígrafe, la Asamblea de Cundinamarca “Por la cual se destina una partida, se dispone su distribución, se ordena un crédito-traslado y se deroga en todas sus partes el artículo 7º de la Ordenanza número 28 de 1946 y se dicta otras disposiciones”, señaló:

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

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

La anterior normativa territorial reguló lo relacionado con un incremento salarial o sobresueldo en la medida en que remunera directamente la relación laboral pero, además, bajo el concepto imperante en la fecha, no puede considerarse como prestación social, porque éstas son las destinadas a cubrir riesgos.

Conforme a lo antes expuesto, es evidente que, al proferirse esta Ordenanza y al regular lo relacionado con sueldos, era vigente y aplicable y, como tal, los derechos adquiridos bajo su imperio, deben respetarse conforme a los postulados del derecho laboral entonces vigente y a lo previsto en el artículo 48 de nuestra actual Carta Política.

Sin embargo, en criterio de la Sala, como ya se indicó arriba, esta clase de normas sufrieron una derogatoria tácita, porque el legislador reguló de manera completa los salarios y prestaciones de los empleados del sector salud, y en especial al fijar los salarios.

En efecto, en términos generales, se puede decir que la derogación es dejar sin efecto una norma porque ha cesado su vigencia en la medida en que una norma posterior reguló la misma materia o también, porque “la regulación de la materia quede sometida a los principios generales del ordenamiento”, en donde juegan los elementos de conveniencia y oportunidad, es decir, que no apuntan a aspectos relacionados con la legalidad o inexequibilidad del precepto.

Por ende, en aplicación de los linderos y criterios generales antes señalados, encuentra la Sala que una vez el legislador utilizó la facultad de regulación de los salarios quedaron por fuera del ordenamiento jurídico las normas territoriales que regularon ese aspecto.

Se repite, para que exista derogatoria de las normas creadas por un nuevo competente no es necesario derogar expresamente actos administrativos que en materia salarial hubieran proferido, en nuestro caso, la Asamblea Departamental, sino con el mero ejercicio de sus competencias regulatorias deja por fuera cualquier disposición que le sea contraria, de manera que el sobresueldo previsto en la Ordenanza 013 de 1947 tuvo una derogatoria tácita con la expedición de la norma que fijó el cuanto salarial de cada empleo, proferido por el Gobierno Nacional en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992 y en concordancia con lo dispuesto por la Ley 60 de 1993 y en especial por el Decreto 439 de 1995...

Así las cosas es evidente que el Consejo de Estado desde su punto de vista no beneficia a los empleados públicos del nivel territorial basando su tesis en la llamada derogatoria tácita.

2.2. Conceptos emitidos por la Gobernación de Cundinamarca frente a la aplicación de la Ordenanza Departamental a los funcionarios públicos del nivel central de la Gobernación de Cundinamarca.

La Gobernación de Cundinamarca, ante la expectativa de las diferentes posiciones encontradas por nuestro aparato judicial consideró pertinente iniciar los trámites para elevar consulta sobre el tema de la aplicación del artículo 5 de la ordenanza 13 de 1947 a la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado, con el fin de establecer a criterio cierto la procedencia de dicho artículo, el concepto actualmente se encuentra radicado sin que a la fecha exista una respuesta.

No obstante lo anterior, la Gobernación de Cundinamarca en respuesta al derecho de petición incoado por los funcionarios públicos del nivel central del ente territorial afirmó:

... Referente a la legalidad de la ordenanza, este Despacho considera que el artículo 5 de la ordenanza 13 de 1947, es legal y se encuentra vigente para las personas que cumplieron con los requisitos para obtener el 20% de sobresueldo allí establecido.

Conforme a lo anterior, los empleados públicos a quienes se les ha reconocido este derecho, se les continuará cancelando en virtud de lo establecido en el artículo 53 de la Constitución Política, por tratarse de derechos adquiridos.

En lo relativo a la aplicación del citado artículo 5 de la ordenanza 13 de 1947, les informo que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo quien no está reconociendo el derecho a las personas que se encuentra realizando el trámite para su obtención, por cuanto se ha obtenido 129 fallos negando la aplicación de dicha norma y veinte accediendo a la misma, para lo cual ha expuesto, entre otros, los siguientes argumentos:

- a. *Que a partir de la expedición de la Constitución Política promulgada en 1991 la facultad de fijar el régimen salarial en el sector territorial ya no corresponde a las*

Asambleas Departamentales; la competencia para dichos efectos le fue otorgada al Congreso de la República tal como lo ordena el artículo 150 numeral 19 literal e, de la norma citada.

- b. Que el artículo 5 de la Ordenanza 13 de 1947 sufrió una derogatoria tacita con la promulgación de la ley 4 de 1992 la cual ha sido acogida por la Corte Constitucional en la sentencia C-402 de julio de 2013, derogatoria que nada se contrapone con la presunción de legalidad indicada por los peticionarios.*
- c. Hace referencia a los derechos adquiridos, es decir que antes de la promulgación de la Constitución de 1991 el empleado que cumplió con: prestar los servicios al Departamento de Cundinamarca por más de 20 años; que los últimos 5 años hayan sido continuos y que no hayan sido pensionados.*
- d. De la misma manera, se apoya en la teoría de la mera expectativa y al respecto determina que quienes no cumplan con los tres requisitos antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y la Ley o reglamento mediante la cual el nuevo competente ejecute la nueva función asignada no tiene derecho al 20%....*

Como se puede evidenciar, del pronunciamiento de la Gobernación de Cundinamarca, podemos concluir que si bien los derechos adquiridos por los funcionarios se encuentran bajo el amparo constitucional del artículo 53, también se encuentra la duda jurídica si existe o no una derogatoria tácita del acto administrativo que fijó un emolumento salarial.

De allí radica la nueva consulta que se ha formulado por la Gobernación de Cundinamarca ante la sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, para tratar de dilucidar el tema y buscar una posición que permita brindar seguridad jurídica a los funcionarios del nivel central que prestan sus servicios a la Gobernación de Cundinamarca.

2.3. Conceptos emitidos por los representantes de los funcionarios del nivel central de la Gobernación de Cundinamarca.

Los funcionarios del nivel central de la Gobernación de Cundinamarca, defienden su tesis indicando que la Ordenanza 13 en el tiempo continúa vigente con la Constitución y con la Ley 4 de 1192, en la medida que fue expedida con fundamento en normas que en su momento atribuían esa facultad a las entidades territoriales y que el nuevo marco constitucional y legal no derogó dicha normatividad, pues al respecto es importante traer a colación el pronunciamiento que el Consejo de Estado – Sección Segunda, en sentencia del 24 de julio de 2008, declaró precisamente en relación con las Ordenanzas que durante el régimen constitucional anterior crearon factores salariales para los empleados territoriales, en especial primas o sobresueldos por antigüedad, éstas no perdieron vigencia con la Constitución Política de 1991.

Por tal razón, la Ordenanza goza de presunción de legalidad, pues la misma con 67 años de antigüedad, es patrimonio de los servidores públicos de Cundinamarca y único estímulo salarial de los servidores del nivel central de la gobernación, siendo un factor salarial, por ende no existe derogatoria tácita y se encuentra vigente en el tiempo.

Hay que dejar claro que actualmente las disposiciones legales corroboran que los sectores de salud y educación, gozan de régimen especial y es la Nación la responsable del régimen salarial y prestacional de los mismos, pero para los empleados públicos del nivel territorial el gobierno nacional año tras año únicamente fija los límites máximos salariales, ratificado en sentencia C-402 de 2013, cuando señala la improcedencia general del juicio de igualdad respecto de regímenes salariales disímiles y trae a colación lo siguiente “ *En tal virtud, dicha regulación ha obedecido a diferentes motivos , como son: las distintas naturaleza y modalidades de la relación de trabajo, los diferentes tipos de entidades, nacionales, departamentales, distritales y municipales, el otorgamiento de especiales beneficios a ciertos sectores de empleados, en razón de la naturaleza de la labor que desempeñan, las limitaciones presupuestales, la necesidad de organizar y poner en funcionamiento o fortalecer cajas de previsión social encargadas del pago de las prestaciones de los servidores públicos...*”

En consecuencia, la aplicabilidad en el tiempo de la Ordenanza 13 de 1947 a partir de la Constitución de 1991, no derogó dicha norma, pues lo que hizo el nuevo marco constitucional fue cambiar competencias para la modificación o regulación a futuro de los factores salariales de los empleados territoriales; el nuevo ordenamiento constitucional y legal no proscribió la remuneración por antigüedad, de manera que respeto de las normas anteriores a la Constitución de 1991 que las consagraron, no hay materialmente un problema de inconstitucionalidad sobreviviente, ni tampoco cabe plantear la excepción de inconstitucionalidad.

Así las cosas, los funcionarios del nivel central de la Gobernación de Cundinamarca bajo el amparo jurisprudencial de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia han llegado a la conclusión: *“las normas expedidas con anterioridad a la Constitución Política de 1991, bajo el amparo de la Constitución de 1886 y de la cual no exista norma en contrario, goza de legalidad y no aplica la excepción de inconstitucionalidad, por lo tanto se deben ejecutar en el tiempo, hasta tanto el órgano que la creó no se pronuncie en contrario o el juez natura (tribunal de lo Contencioso Administrativo y en segunda instancia el Consejo de Estado), decida sobre la inaplicación de la Ordenanza. (Oficio No. 2014056184 del 30-04-2014. Análisis comunicación sobre aplicabilidad de la Ordenanza 13 de 1947).*

2.4 Principio del no menoscabo de derechos o condición más beneficiosa

Este principio, al igual que el de favorabilidad contemplados en el artículo 53 superior, supone que cualquier acto de la administración a través de la ley, los acuerdos, los convenios etc., no deben menoscabar los derechos laborales de los trabajadores, ni desconocer los derechos que con arreglo a la normatividad vigente fueron adquiridos, entendiendo por adquiridos, aquellos que ya fueron causados, están consolidados e ingresaron al patrimonio del servidor público.

El principio de la condición más beneficiosa se manifiesta como derecho adquirido, es

decir, que reúne todos los presupuestos exigidos por la norma para su imputación a favor del sujeto en calidad de prerrogativa jurídica individualizada, a las concretas situaciones configuradas en el tiempo a través de la duración de la relación de trabajo, que comporten beneficios posteriores al inicio de aquella, que se adquieren con alcance permanente e intuitu persona.

Debe tratarse de condiciones originadas en normas contractuales, expresas o tácitas, de alcance individual, ya que las originadas en convenciones colectivas tienen su propio régimen en orden a la vigencia temporal de sus cláusulas. En un nuevo convenio colectivo, aplicando el principio de la libertad de negociación, puede haber condiciones laborales in melius o in peius. En el segundo supuesto, al que se arriba por imposición de circunstancias críticas, se opera una regresividad de los beneficios sociales, que aunque no sea deseable puede constituir la condición para alcanzar otros objetivos tan valiosos como el de la conservación del empleo, entre otros. Frente a un convenio colectivo con cláusulas in peius no resulta invocable el principio de la condición más beneficiosa.

CAPITULO III

PRONUNCIAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA Y DE LA CONSTITUCIONAL

Debemos partir éste capítulo indicando, que la Ordenanza se creó para el año 1947 cuando el departamento tenía la función constitucional de crear emolumentos salariales para los empleados públicos, por ende la norma superior que la regía, era la Constitución derogada del año 1886, con sus respectivas reformas, que proveían de potestad legislativa a las asambleas departamentales para fundar empleos públicos de la entidad y sus respectivos emolumentos, facultades que fueron abolidas por el Acto Legislativo No 1 de 1968 y encabezadas en el Congreso de la Republica; y que ahora, a la luz de la carta política de 1991 las sigue teniendo. Lo anterior se debe que las interpretaciones jurisprudenciales indican, por un lado que la norma es inconstitucional, y por el otro, que es constitucional pero no hay una norma que le sea aplicable a los empleados públicos del nivel central de la Gobernación de Cundinamarca.

3.1 Jurisprudencia que predica la derogatoria tácita a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

Recién expedida la Constitución Política de 1886 y aún con las reformas contenidas en los actos legislativos de 1910 y 1945, los entes territoriales tenían una potestad amplia para la fijación de los sueldos de los empleados departamentales.

Esta potestad incluía la facultad de crear factores o elementos de salario, pues los entes territoriales tenían un amplio espectro de regulación, situación que se explica por el momento histórico que vivía el País en ese momento que cambió la Constitución Federalista de 1863, cuando el País se denominó "*Estados Unidos de Colombia*" y que le dio a cada Estado la potestad de elaborar su propia constitución, frente a la Constitución Centralista de 1886. En otras palabras la descentralización en materia salarial en cierta medida se mantuvo con la expedición de la Constitución de 1886.

A partir de la Reforma de 1968, es evidente que para la fijación de salarios y prestaciones de los empleados públicos, hubo una reforma sustancial, de manera que, las competencias de los órganos de dirección de los entes territoriales se les limitó esta potestad a determinar “**las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleo.**”

El problema jurídico que se presentaba en esa época, era poder determinar hasta dónde iba esa potestad y más específicamente si ésta incluía la posibilidad de crear nuevos factores de salarios o simplemente, fijar las escalas salariales de acuerdo con los niveles y grados que se requerían en los diferentes entes territoriales.

En criterio, la competencia del ente territorial no iba más allá de simplemente fijar las escalas salariales y esto no incluía la potestad de crear factores o elementos constitutivos del salario, pues esta función estaba reservada al legislador. Lo antes dicho, además, porque con la reforma constitucional aludida, el Constituyente quiso limitar la potestad de los entes territoriales para buscar cada vez más la realización de uno de los pilares fundamentales del derecho laboral que consistía en que, a trabajo igual salario igual, preceptiva que empezó a tener fuerza constitucional a partir de esa reforma del Estado de 1968, de manera que, en todo el sector público, se equiparan los elementos o factores destinados a remunerar al trabajador.

La competencia de los entes territoriales en materia salarial a partir de 1968, se limitó a fijar los niveles jerárquicos y asignarles a estos los emolumentos correspondientes. En materia prestacional es evidente que antes de la reforma de 1968 y después de ésta, el único legitimado para fijarlas era el Congreso o el Legislador Extraordinario, y esto no tiene mayor discusión.

Ahora bien, la reforma Constitucional ordenada en el año de 1968, que implicó un cambio de competencias para la fijación de salarios, desplazando la potestad del sector territorial hacia el legislador, en criterio, per se, no conlleva a la inaplicación de las normas anteriores proferidas al amparo de la anterior Constitución.

Lo antes dicho es porque la constitucionalidad y legalidad de las normas, reglamentos o actos administrativos debe revisarse al momento en que fueron expedidos y, si al

proferirse se hizo con fundamento en competencias y preceptivas que lo autorizaban, estas normas no pueden desconocerse de plano. En otros términos, la reforma del año 1968, en materia de salarios sólo implicó el cambio de la autoridad legitimada para regular la materia; por ende, no resulta razonable deducir que, ipso jure, ocurre una derogatoria tácita, las preceptivas que regulaban este tópico.

En criterio, debe revisarse por parte de la autoridad administrativa o judicial su aplicabilidad a cada caso de los reglamentos que establecieron salarios para el sector territorial; pero lo que sí es claro es que, tratándose del establecimiento de un régimen, en este caso, el salarial, a los empleados del sector territorial a quienes se les regule por parte del competente quedan sometidos a estas últimas preceptivas y los reglamentos territoriales que regulaban el tema simplemente quedan derogados tácitamente.

La anterior situación no cobija a quienes venían vinculados en el sector territorial, pues ellos tienen derecho a no ser desmejorados, por las nuevas regulaciones que establezca el competente.

Para que exista derogatoria de las normas creadas por un nuevo competente no es necesario derogar expresamente actos administrativos que en materia salarial hubieran proferido, en nuestro caso, la Asamblea Departamental, sino con el mero ejercicio de sus competencias regulatorias deja por fuera cualquier disposición que le sea contraria, de manera que el sobresueldo previsto en la Ordenanza 013 de 1947 tuvo una derogatoria tácita con la expedición de la norma que fijó el cuanto salarial de cada empleo, proferido por el Gobierno Nacional en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992 y en concordancia con lo dispuesto por la Ley 60 de 1993 y en especial por el Decreto 439 de 1995.

Por consiguiente, el Estado debe respetar los salarios y prestaciones que perciban quienes estén vinculados al momento de la expedición del nuevo régimen regulatorio, siempre y cuando estén amparados por la Constitución y la ley.

En Conclusión, quienes se beneficiaban de factores o elementos salariales ordenados por instrumentos de carácter territorial o inclusive, quienes alcancen a devengarlos por

el hecho de que el legislador no hubiese regulado el tema, tienen derecho a conservarlos, pero, quienes se vinculen bajo el nuevo régimen, se someten a las nuevas condiciones salariales y prestacionales que regule el competente.

De esta manera a la luz la Constitución Política de 1991 y de las normas jurídicas, se concluye que el sobresueldo del 20% contemplado en la Ordenanza 13 de 1947, tiene un origen salarial por que fue hecho para que el servidor público lo recibiera de una forma habitual y periódica e ingresara a su patrimonio, como contraprestación del tiempo laborado y la fuerza utilizada en la prestación del servicio, y viéndose representada sobre la asignación básica mensual que devenga el trabajador.

También podemos señalar, que la aplicabilidad y validez del derecho estipulado en la Ordenanza de Cundinamarca, debe ser de forma directa, no acudiendo al juez natural para que al servidor público le reconozcan la acreencia laboral que evidentemente es de carácter cierto e indiscutible, sino que tan pronto el servidor cumpla con los requisitos señalados allí, desde un comienzo, su reconocimiento por el ente territorial debe ser automático.

Conforme a las normas transcritas, el Departamento de Cundinamarca no puede fijar el régimen salarial y prestacional de sus empleados públicos, discrecionalmente, sino que estos deben ser autorizados por la ley.

La Corte Constitucional, ha manifestado respecto a salario como *“la remuneración más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador”* (M.P. Cepeda Espinosa Manuel José, Sentencia Corte Constitucional (C-1195 de noviembre 15 de 2001).

Que la Constitución de 1991 en su artículo 150 se faculto al Congreso de la República para que fijara los objetivos y fines del Gobierno nacional, entre otras cosas las prestaciones sociales de los empleados públicos y la competencia en términos

salariales para las Corporaciones Públicas de Departamento.

Es decir, existe una competencia compartida entre el legislador y el ejecutivo para estos efectos: aquel determina unos parámetros generales conforme a los cuales éste ha de fijar todos los elementos propios del régimen salarial y prestacional.

La Ley 4ª de 1992 al señalar los principios a los que debe someterse el Gobierno al fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos en su artículo 12 este precepto fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-315 del 19 de julio de 1995, Magistrado Ponente Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que se dijo que esta facultad del Gobierno no pugna con la que el constituyente expresamente otorgó a las entidades territoriales para fijar las escalas de remuneración y los emolumentos de los empleos de sus dependencias, en los artículos 287, 300-7, 305-7, 313-6 y 315-7.

La Corte Constitucional, expresamente señaló: “La economía, eficacia y eficiencia en el gasto público, en todos los ámbitos, es un principio que tiene pleno sustento constitucional y sobre su importancia en una sociedad democrática, soportada en la tributación equitativa y en el correlativo deber de las autoridades de hacer un uso adecuado de los recursos aportados por la comunidad, no es necesario abundar. La fijación a este respecto de un límite máximo al gasto burocrático, constituye un medio idóneo para propugnar la eficiencia y economía del gasto público y, de otro lado, estimular que los recursos del erario nacional y de las entidades territoriales en mayor grado se destinen a la atención material de los servicios públicos.”

La determinación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales compete al Gobierno Nacional, de acuerdo con los parámetros señalados por el legislador, y no a las Corporaciones Públicas Territoriales, las que, además, tienen prohibido arrogársela; y en lo que se refiere al régimen salarial, el Gobierno señaló el

límite máximo salarial de los servidores públicos territoriales teniendo en cuenta su equivalencia con los del orden nacional.

Existe, para efectos de fijar salarios, un régimen de competencia concurrente entre el Congreso, el Gobierno Nacional, las Corporaciones administrativas colegiadas del orden Departamental y Municipal (Asambleas y Concejos) y el Ejecutivo Territorial (Gobernadores y Alcaldes) que fue ratificada por la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 1999 (14 de Julio) Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

La competencia del Gobierno Nacional para fijar el límite máximo salarial de la remuneración de los empleados de los entes territoriales no desconoce la competencia que la misma Constitución expresamente otorgó a las autoridades de dichos 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.

Se concluyó, que el sobresueldo del 20% que contempla la Ordenanza para empleados y obreros del Departamento de Cundinamarca, es de naturaleza netamente salarial, siendo ésta una prestación que debe ser de forma periódica, y que hace parte de los ingresos del servidor público.

3.2 Jurisprudencia que reconoce la aplicación del artículo 5 de la Ordenanza Departamental.

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

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

En la Sentencia C- 014/93 Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón, dijo la Corte Constitucional:

Se encontraran normas vigentes de la Corte Suprema de Justicia Sentencias 85, 87, 93, 100, 107 y 119, también la Corte Constitucional en las Sentencias C-005, C-221, C-416, C-417, C-434, C-435 C-465, ya que estos fallos han sido claros y similares en cuanto a los aspectos formales de las jurisdicciones como lo es la temporalidad y la precisión de estas, y eventualmente deberán fallarse a la luz de normas vigentes en el momento en que se expide la disposición habilitante.

En las situaciones que se hayan presentado hechos similares, deberán tener una adecuada revisión en los principios consagrados en nuestro ordenamiento sino en los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales; ya que la Corte desarrollara unas medidas necesarias para garantizar las siguientes premisas que son fundamentales:

“(..)- La regla de la aplicación inmediata de la Constitución.

- La regla de la subsistencia de la legislación preexistente.

-La aplicación y alcance del artículo 9o de la ley 153 de 1887.”.

Estas tres premisas son de gran importancia para que se reconozca el 20% de Sobresueldo a los empleados públicos del nivel central de la Gobernación de Cundinamarca, en consecuencia los principios constituyen normas jurídicas o de mandato dando una aplicación inmediata de la resolución de un caso en concreto y así

mismo los valores el cual es el deber ser del ordenamiento jurídico. Su aplicación no es directa por el contrario es la fuente de derecho aplicar junto con los principios, reglas y normas Constitucionales para la interpretación de un determinado asunto.

Es importante mencionar la Sentencia T 406 de 1992 Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón, son garantía del ejercicio y aplicación obligatoria de derechos fundamentales, derechos sociales, económicos y culturales, pues estos son fuente de derecho e inspiran, la creación de otras normas al interior del orden jurídico. La Sentencia mencionada hace distinción entre la parte orgánica y dogmática de nuestra Constitución, permitiendo establecer criterios de ponderación al momento de su interpretación, La Corte Constitucional unificó criterios de interpretación Constitucional, con el fin de que el juez de conocimiento cuente con precedentes Constitucionales que guíen su labor interpretativa, permitiendo un uso a la justicia distributiva y material.

"(...)La doctrina, por su parte, destaca que la subsistencia de la legislación preexistente sólo se afecta cuando ella tiene una diferencia de carácter material y no simplemente procedimental con la nueva Constitución y, por tanto, la incompatibilidad entre la Constitución y la Ley es algo más que la simple diferencia; para que se entienda que el texto legal ha desaparecido del ordenamiento por inconstitucional, no basta con que el asunto se regule en la Constitución en forma diferente, sino que la diferencia debe llegar al nivel de la incompatibilidad, es decir, que sean proposiciones contradictorias las contenidas en la Constitución y la ley. Pero para que la norma legal desaparezca del ordenamiento, no necesariamente debe ser inconstitucional, ya que como se verá más adelante, lo que opera en estos casos en realidad no es la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ni la declaratoria de inexecutable en juicio objetivo de constitucionalidad, sino, que procede la derogatoria de la legislación preexistente, como claramente se ha advertido" (Atehortúa Ríos, Carlos Alberto. Uribe

Correa, Sergio. El Tránsito de Legislación, en: "12 Ensayos sobre la Nueva Constitución". Señal Editora, Medellín 1991. pp 111, 112.)

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

"Es esto lo que en forma clara y contundente consagra el texto del artículo 9o de la ley 153 de 1887, norma que ha resistido airosa el transcurso del tiempo y que resuelve problemas derivados de la vigencia de la Carta de 1991 sin contradecir su espíritu sino, muy por el contrario, de acuerdo con el mismo, tal como se desprende de su texto:

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

A partir de los pronunciamientos anteriores (Corte Constitucional C-155/99: C-177/94; 0-423/95:176/96: C-256/98; C-416/92.) y, como quiera, que la norma constitucional vigente al momento de la expedición de la Ordenanza Municipal otorgaba competencia al órgano autor de dicho acto jurídico para fijar los sueldos de los empleados del nivel departamental, no es viable, hoy por hoy, so pretexto del cambio de competencia previsto en materia de régimen salarial desde de la reforma de 1968, restarle a dicho acto su validez y eficacia en el ordenamiento jurídico del cual forma parte, (Decreto 1222 de 1986. "Art. 85- Las ordenanzas de las asambleas y los acuerdos de los concejos municipales son obligatorias mientras no sean anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo". C.P. art. 192) máxime si se considera que sustancial y materialmente, tampoco existe norma superior (Constitucional o Marco) que proscriba

la existencia un beneficio como el creado a raíz de la Ordenanza 13 de 1947 a favor de los servidores públicos del nivel territorial.

Igualmente observamos, que a dicha ordenanza no le sobreviene la denominada inconstitucionalidad, pues esta norma, no quedó excluida por la actual constitución, lo que hace que tenga efectos jurídicos hacia el futuro, y por ende se debe aplicar a los servidores públicos que cumplan con los requisitos para que le reconozcan el 20% de sobresueldo

CONCLUSIONES

Esta investigación nos ha llevado a tomar una posición jurídica, encaminada hacia la protección de los derechos adquiridos por los funcionarios del nivel central de la Gobernación de Cundinamarca, bajo el principio de favorabilidad, pues jurídicamente el artículo 5 de la Ordenanza 13 de 1947 sigue vigente sin que exista una derogatoria que demuestre su inaplicabilidad.

Bajo el presente análisis se ha demostrado que no existe derogatoria tácita de la Ordenanza Departamental, teniendo en cuenta que la ordenanza fue creada en su momento por una entidad competente es decir por la Asamblea de Cundinamarca, la cual, para aquella época contaba con facultades para fijar factores salariales ya que la constitución política de 1991 no derogó la normatividad anterior tan sólo se limitó a cambiar las competencias para que las entidades autorizadas modifiquen o regulen a futuro los factores salariales.

Por tal razón la Gobernación de Cundinamarca bajo el amparo constitucional y jurisprudencial debe seguir reconociendo el derecho al sobresueldo del 20% en forma permanente hasta que un Juez determine lo contrario.

BIBLIOGRAFÍA

Mora Caicedo Esteban & Rivera Martínez Alfonso. (2008) *Derecho Administrativo y Procesal Administrativo Teórico – Práctico*. Editorial Leyer.

Rave Aristizabal Gabriel. (2008) *Actuaciones Administrativas y Derecho Procesal Administrativo – Cuarta Edición*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Villegas Arbeláez, J. (2000) *Derecho Administrativo Laboral*, Santafé de Bogotá: Legis Editores S.A Cuarta Edición, p. 473

Villegas Arbeláez, J. (2000) *Derecho Administrativo Laboral*, Santafé de Bogotá: Legis Editores S.A Cuarta Edición Cuarta, p. 474.

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

Artículo 5 de la Ordenanza 13 de 1.947 Gaceta de Cundinamarca N° 6844 de 27 de junio de 1947

Capítulo IX – *Revocación directa de los actos administrativos* - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ordenanza Departamental No. 13 de 1947 Asamblea Departamental de Cundinamarca, artículo 5.

Decreto 1042 Nivel Nacional, de junio 7 de (1978)

Código Sustantivo del Trabajo, (2014) artículo 127, Legis

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

Sentencia Corte Constitucional. C-402 de (1998). M.P. Fabio Morón Díaz.

Sentencia Consejo de Estado Sección Cuarta. Expediente 4635 de abril 7 de (1994).
Consejero Ponente Delio Gómez Leyva

Sentencia Corte Constitucional Sala Plena. C-1218 de noviembre 21 de (2001). M.P.
Álvaro Tafur Galvis

Sentencia Corte Constitucional, C-1195 de noviembre 15 (2001). M.P. Manuel José
Cepeda Espinosa & Marco Gerardo Monroy Cabra

Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 839 de junio 21 de
(1996)

Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1393 de julio 18 de
(2002). Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce

Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 705 de julio 25 de
(1995). Consejero Ponente Javier Henao Hidrón

Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 1518, de septiembre
11 de (2003). Actor: MINISTRO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. Consejera ponente
Susana Montes de Echeverri

Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 1518 de septiembre
11 (2003). Actor: MINISTRO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA Consejera ponente:
Susana Montes de Echeverri

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 4 de septiembre de (1992). M.P. Hugo Suescún Pujols

Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia No. 4321 del 25 de marzo de 1992.
Consejera Ponente Clara Forero de Castro

Juzgado 11 Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, Sentencia del 31 de mayo de (2011) dentro del proceso radicado. 243 – 2010.