



PROCURADURIA 71 JUDICIAL I ADMINISTRATIVO
(ACCIÓN PÚBLICA DE SIMPLE NULIDAD)

Señores
JUZGADO ADMINISTRATIVO CIRCUITO (Reparto)
Florencia - Caquetá
E. S. D.

FABIO ANDRES DUSSAN ALARCON, mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía No 17.655.537 de Florencia - Caquetá, con domicilio en la ciudad de Florencia, en mi condición de Procurador 71 Judicial I Administrativo, conforme al artículo 277 de la Constitución Política, artículo 38-1 del Decreto-Ley 262 de 2000, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)-, de la manera más respetuosa concurro ante su Despacho para demandar la nulidad del Art. 32 -***“CONFORMACIÓN Y CLASIFICACIÓN”***, numeral 1. ***“GASTOS DE FUNCIONAMIENTO”***, numeral 1.1 ***“GASTOS DE PERSONAL”***, numeral 1.1.05 ***“Prima de servicios”***, del Acuerdo Municipal No. 002 del 17 de febrero de 2005 - ***“Por del cual se expide la norma orgánica del Presupuesto del Municipio de San Vicente del Caguán y de sus Entidades Descentralizada”***.

Dicha solicitud tiene como motivo de ilegalidad la violación directa de norma superior en la debería fundarse y la falta de competencia (*ratione materiae*) en la expedición de un acto administrativo de contenido general que, estableció una Prima de Servicios por fuera de los rangos legales para los trabajadores del municipio. Para lo cual, solicito se sirva reconocerme personería para actuar dentro del proceso.

Ilegalidad que se predica de haber aprobado mediante el acto administrativo general y abstracto una ***Prima de Servicios*** equivalente a treinta (30) días de salario pagaderos al servidor público municipal en los primeros diez (10) días del mes de Julio de cada año.



PRESUPUESTOS PROCESALES

A. *OPORTUNIDAD*: Por tratarse de una acción pública de nulidad de conformidad con el artículo 137 del CPACA, podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto impugnado.

B. *COMPETENCIA*: Son los jueces administrativos competentes para conocer de la nulidad de los actos administrativos proferidos por autoridades públicas de orden municipal, en razón a lo previsto por el artículo 155-1 del CPACA.

C. *PROCEDIMIENTO*: Es el indicado en el Título V, Capítulo V, artículos 179 y subsiguientes del CPACA.

D. *LA PARTE DEMANDANTE*: Es parte demandante en la presente acción el Suscrito, de condiciones civiles ya anotadas, quien concurre en su condición de *Procurador 71 Judicial I Administrativo*, conforme al artículo 277 de la Constitución Política, artículo 38-1 del Decreto-Ley 262 de 2000 y en ejercicio de la potestad otorgada por el artículo 137 del CPACA que prescribe: "*Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.*"

E. *PARTE DEMANDADA*: Debido a la falta de personería jurídica de los Concejos Municipales para comparecer en juicio, esta Agencia Fiscal está avocada a citar como parte demandante al MUNICIPIO DE SAN VICENTE DEL CAGUÁN - CAQUETÁ, representado legalmente por el señor Alcalde HUMBERTO SANCHEZ CEDEÑO, o quien haga sus veces, al tenor de lo dispuesto por el artículo 159 del CPACA.

Así las cosas, si bien es cierto que, es el Alcalde Municipal el que ostenta la representación legal del municipio y, por ende, la aptitud legal para hacer gala de la personería jurídica procesal; en este caso, para esta Procuraduría Judicial Administrativa en apoyo a la prevalencia del *principio de legalidad*, es pertinente permitir a la Presidencia del Concejo Municipal defender la legalidad del acto administrativo cuestionado judicialmente, por ser el órgano que llevó a cabo la



actuación administrativa que culminó con esa decisión administrativa; de otro lado, conocer de primera mano sus antecedentes y las razones que lo inspiraron. Intervención que podrá permitirse en calidad de tercero interviniente.

DEMANDA

Que se declare la nulidad del Art. 32 -“**CONFORMACIÓN Y CLASIFICACIÓN**”, numeral 1. “**GASTOS DE FUNCIONAMIENTO**”, numeral 1.1 “**GASTOS DE PERSONAL**”, numeral 1.1.05 “**Prima de servicios**”, del Acuerdo Municipal No. 002 del 17 de febrero de 2005 - “**Por del cual se expide la norma orgánica del Presupuesto del Municipio de San Vicente del Caguán y de sus Entidades Descentralizada**”, así:

“1.1.05. –Prima de servicios

Pago equivalente a treinta (30) días de salario por cada año de servicio o proporcionalmente al tiempo laborado que exceda de seis (6) meses, a que tienen derecho los empleados públicos y, según lo contratado los empleados oficiales.”

Que se ordene: “**inaplicar por inconstitucionalidad**” los actos administrativos que no fueron impugnados y que han recogido en todo o en parte el pago de la prima de servicios equivalente a treinta (30) días de salario, pagadera en el mes de julio o junio; siempre y cuando, dichos actos administrativos hayan sido expedidos con posterioridad a la expedición del Acto Legislativo 01 de 1968.

FUNDAMENTOS

De conformidad con el artículo 150-19 de la Carta de 1991, corresponde al Congreso de la República, por medio de leyes, dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

La Ley 4ª de 1992 “*Mediante la cual se señalan las normas, objetivos criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados*



públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”; estipuló en su artículo 12 lo siguiente:

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

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

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

El Decreto 1919 de 2001¹, extendió el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del nivel nacional a los mismos empleados del nivel territorial, es decir, tienen derecho a que se les reconozca y paguen las siguientes prestaciones sociales:

1. Prima de Navidad.
2. Vacaciones.
3. Prima de vacaciones.
4. Bonificación especial por recreación
5. Subsidio familiar.
6. Auxilio de cesantía.
7. Intereses a las cesantías.
8. Calzado y vestido de labor.
9. Pensión de vejez. (jubilación)
10. Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.
11. Pensión de invalidez.
12. Indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez
13. Pensión de sobrevivientes.
14. Auxilio de maternidad.
15. Auxilio por enfermedad.
16. Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional.
17. Auxilio funerario.
18. Asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, servicio odontológico y demás servicios de salud derivados del régimen de salud del Sistema de Seguridad Social Integral.
19. Bonificación de dirección para Gobernadores y Alcaldes.

¹ “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”



La prima de servicios contemplada en el artículo 58 del Decreto 1042 del 7 de junio de 1978, es un elemento de salario consagrado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, cuyo campo de aplicación se ha extendido a los empleados públicos del nivel territorial.

Así se precisó en la sentencia de la Corte Constitucional C-1063 de 2000, de la que fue Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa (q.e.p.d.). Igualmente, el Consejo de Estado² ha señalado de manera reiterada que las disposiciones contenidas en el Decreto No. 1042 de 1978 se aplican de manera extensiva a los empleados públicos del orden territorial, así:

“En tesis adoptada por esta Sección en asunto similar al que ahora ocupa la atención de la Sala se sostuvo, por un lado, que la jornada de trabajo hace parte del régimen de administración de personal; y, por el otro, que en virtud de lo establecido en el artículo 2° de la Ley 27 de 1992, esta está regulada para el sector territorial por el Decreto 1042 de 1978. Precisó la Sala en dicha oportunidad: “(...) el régimen que gobierna en este aspecto a los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978, pues si bien dicho precepto en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, el artículo 3 de la Ley 27 de 1992 hizo extensiva a las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidos no solamente en la norma precitada, sino en los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968, Ley 13 de 1984 y 61 de 1987. La extensión de la anterior normatividad fue reiterada por el artículo 87 inciso segundo de la Ley 443 de 1998, que establece: (...) A esta conclusión, según la cual el Decreto 1042 de 1978 aplica para los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden territorial (...), llega la Sala, pues la remisión inicial que hizo la Ley 27 de 1992 no solamente mencionó el régimen de carrera administrativa, sino también el régimen de administración de personal....”

El Acuerdo Municipal No. 002 de 2005 –en su artículo 32, numeral 1.1.05 **“Prima de servicios”**, es un acto administrativo que se fecunda en abierta oposición al artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política, Ley 4ª de 1992 y el Decreto 1042 de 1978; como quiera que, **el Concejo Municipal de San Vicente**

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A" Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil ocho (2008) MAGISTRADO PONENTE: DR. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN Radicación: 05001-2331-000-1998-02186-01(9927-05).

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION B Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil ocho (2008). Radicación número: 05001-23-31-000-2001-00452-01(6596-05)



del Caguán Caquetá no posee competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de su municipio.

De otro lado, en la norma demandada se fija una Prima de Servicios de **un (01) mes** de salario, cuando la normatividad que la autoriza para los empleados del nivel nacional y territorial contempla sólo **quince (15) días** de salario pagaderos los primeros quince días del mes de julio de cada año.

Lo anterior basados en la normatividad aplicable para la liquidación de la Prima de Servicios para los empleados del nivel territorial -Decreto 1042 del 07 de junio de 1978, quien es su artículo 58 expuso:

*“ARTICULO 58. LA PRIMA DE SERVICIO. Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a **quince días de remuneración** que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año.*

Esta prima no regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre”. (Negrilla no original)

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Frente a las normas violadas se considera lo siguiente: **(i)** De rango constitucional: artículo 6º, 121, 122 y 123 inciso 2º, el literal e) y f) del numeral 19 del artículo 150 y, el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Magna; y **(ii)** De rango legal: Ley 4ª de 1992 y artículo 58 del Decreto 1042 de 1978.

Violación a una regla de derecho de fondo

Puede entenderse por regla de derecho de fondo para los efectos aquí previstos (violación de la Constitución y la ley) por un acto administrativo que debe sumisión y obediencia, dentro de la estructura jerárquica normativa, a las disposiciones legales que le fijan su alcance y contenido.



Por ende, la Constitución Política en aplicación al principio de legalidad referido a la función pública en los artículos 6º, 121, 122, y 123 inciso 2º, ha señalado de manera concreta en el artículo 121 del mismo Estatuto, lo siguiente: *“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”*.

En este orden de ideas encontramos el artículo 150, numeral 19, literales e) y f), así:

“ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)

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

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

De lo mismo, el numeral 14 del artículo 189, así:

“ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...)

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

Como se puede apreciar, bajo la Constitución Política de 1991, al Congreso de la República le corresponde dictar las normas generales y en ellas, señalar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, según los términos empleados en la atribución 19 literal e) en el artículo 150 de la Carta Fundamental.

Estas leyes marco confieren hoy en día un campo de acción más amplio al poder ejecutivo, para expedir las normas que han de desarrollar tales disposiciones generales, y no a nivel de contenido de los tradicionales decretos reglamentarios de ley, en cargados de cumplir y hacer cumplir la ley, sino para que mediante



decretos con capacidad decisoria, ponga en funcionamiento y desarrollen los principios y políticas, fijados por el legislador.³

El Congreso Nacional en ejercicio de esta atribución expidió la Ley Marco 4^a de 1992, quien estableció con claridad como 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; motivo por el cual, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad⁴.

Nótese que tanto el constituyente como el legislador primario y secundario guardaron silencio frente a la facultad que poseen las corporaciones públicas territoriales para constituir un régimen prestacional para los empleados públicos del nivel territorial.

Pero aún, el *Consejo Municipal de San Vicente del Caguán* expidió el Acuerdo Municipal No. 002 del 17 de febrero de 2005, calificando el acto administrativo como la norma *orgánica presupuestal del municipio*, decisión administrativa que *estipuló* una prima de servicios para la que no estaba facultado y que choca con lo estipulado en el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978, disposición legal que contempla una prima de servicios equivalente a quince (15) días de salario y no a treinta (30) como lo estipula el Acuerdo Municipal materia de la controversia.

Como se puede observar, estos actos administrativos de contenido general y abstracto desconocen tajantemente las disposiciones legales de rango constitucional y legal que reglamentan el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del sector territorial desde el año 1968, año en el cual se expidió el *Acto Legislativo 01* restándole la competencia a las entidades territoriales para la creación de regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos en el país.

Dicha disposición en forma estricta y taxativa asignó las competencias a cada uno de los órganos administrativos para la regulación del asunto, pero en nada facultó

³ Consejo de Estado, Sección II, Noviembre 27 de 1991, C.P. Younes Moreno.

⁴ Ley 4^a de 1992, art. 12.



a los Concejos Municipales para la expedición de actos administrativos de este tenor. Exceso y extralimitación de funciones que vician el acto administrativo impugnado.

De la falta de competencia del Consejo Municipal para regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos territoriales.

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

En estos términos corresponde al Gobierno Nacional establecer directamente los salarios y prestaciones sociales de todos los empleados públicos con fundamento en los criterios que para el efecto señale el legislador en la ley general que está obligado a expedir. Principios, parámetros y objetivos que el Congreso fijó en la Ley 4ª de 1992⁵.

A pesar de lo anterior, a juicio de la Corte Constitucional y que para efecto pedagógico en el ejercicio de esta acción, vale la pena preguntarnos: *¿la competencia reconocida tanto al legislador como al Gobierno en esta materia, incluye la facultad de éstos para determinar, igualmente, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las entidades territoriales, o si esta competencia se circunscribe únicamente para fijar el régimen de los empleados públicos del nivel central de carácter nacional?*

Interrogante que tiene su génesis a partir del principio de autonomía que reconoce la Constitución a las entidades territoriales para la gestión de sus intereses⁶, de la facultad que el ordenamiento constitucional asigna a los Concejos Municipales

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-510 del 14 de Julio de 1999.

⁶ Artículo 1º y 287 de la C.N.



para establecer las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos⁷.

Al respecto, determinó la Corte Constitucional:⁸

“Los preceptos constitucionales antes señalados, podrían dar lugar a suponer que la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados de las entidades territoriales, es una atribución que compete exclusivamente a las corporaciones públicas de carácter administrativo existentes en cada ente territorial, como a los jefes departamentales y locales, según el caso, en una competencia compartida tal como sucede a nivel central con el Congreso de la República en el presidente de la República. Interpretación ésta que es inadmisibles y errónea como entrará a explicarse.

4.1.1. La autonomía de las entidades territoriales en los términos del artículo 287 de la Constitución no puede ser absoluta, por cuanto ésta está circunscrita a los límites que para el efecto fije la propia Constitución y la ley. El primer límite lo constituye la definición de Colombia como una República Unitaria (artículo 1 de la Constitución), en donde los distintos órganos del poder público mantienen su poder vinculante en todo el territorio.

Dentro de este contexto, la doctrina constitucional ha establecido que corresponde al Congreso de la República, dentro del marco de autonomía que la Constitución le reconoce a los entes territoriales, diseñar o delinear “el mapa competencial del poder público a nivel territorial” que permita el desarrollo de la capacidad de gestión de estos entes. Al legislador, entonces, le está vedado fijar reglas o requisitos que nieguen esta competencia o hagan de ella algo meramente teórico, pero no le está prohibido regular asuntos que conciernan con estos entes.

4.1.2. En relación con el punto objeto de controversia, es decir, el régimen salarial de los empleados de los entes territoriales, es claro que en nada afecta la autonomía de estos entes, el que el Congreso de la República, facultado por la propia Constitución para señalar los principios a los que debe someterse el Gobierno Nacional para ejercer la atribución de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, haga extendibles éstos a todos los empleados públicos sin distinción alguno, por cuanto no existe razón constitucional que justifique la diferenciación. Así lo entendió el propio legislador al expedir la ley 4ª de 1992, al determinar:

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

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

“Parágrafo. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencia con cargos similares en el orden nacional”

⁷ Artículo 300-7 y 313-6 de la C.N.

⁸ *Ibidem*.



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

Para mayor claridad, la Corte Constitucional en la *sentencia C-054 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz*, estableció como la expedición de las normas que regulan el fenómeno de la función pública en el sector departamental y municipal, son de competencia *exclusiva y excluyente* de los órganos centrales, vale decir, del Congreso de la República y del Presidente de la República; como quiera que, la determinación del régimen prestacional y salarial de los empleados departamentales y municipales se encuentra constitucionalmente establecida en el artículo 150 de la Constitución Política.

Consideró la Corte Constitucional que bajo el imperio de la Constitución de 1991, el régimen de salarios y prestaciones sociales de los empleados públicos del orden territorial, es competencia concurrente del Presidente de la República, de acuerdo con los objetivos y criterios señalados por el legislador mediante normas de carácter general o leyes marco según lo dispone la función 19, literales e), f) del artículo antes indicado, disposición constitucional que replica el esquema instaurado bajo la Constitución de 1886 con la expedición del Acto legislativo 01 de 1968.

De igual forma, vale la pena citar algunos precedentes jurisprudenciales del H. Consejo de Estado donde se puede inferir que esta Alta Corporación no ha sido ajena al tema de incompetencia de las corporaciones públicas territoriales para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de su jurisdicción, miremos:

1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 1 de marzo de 2001, fallo reiterado en Sentencia del 9 de agosto de 2001. Expediente Nos.1562-2000 y 0155-2001, respectivamente.



Asamblea Departamental del Meta. *Ordenanza No. 075 de noviembre de 1995.*

Reconocimiento a empleados con quince (15) años de servicio ininterrumpido:

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

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

2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 30 de enero de 2003. Expediente No. 1502-2002. Asamblea Departamental del Meta -*Ordenanza No. 075 de 1995.*

"Consecuentemente con lo planteado por la Sala, carecen de fundamento jurídico las pretensiones de la demandante encaminadas al reconocimiento del 25% de la asignación básica mensual como sobresueldo, con apoyo en lo establecido en el artículo 23 de la ordenanza No. 075 de 1995, dictada por la Asamblea del Departamento del Meta, ya que al disponerlo así esta corporación administrativa para los empleados de la citada entidad territorial que hubiesen cumplido 15 años de servicios ininterrumpidos, excedió las facultades constitucionales, razón por la cual lo previsto en tal sentido en la referida ordenanza resulta inaplicable (...)."

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

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

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



A juicio de parecer reiterativos, este Ministerio Público llama la atención en el sentido que la posición expuesta en los fallos transcritos, se refieren a actos jurídicos expedidos bajo la vigencia de la Constitución de 1991, respecto de los cuales la Asamblea Departamental se abrogó una facultad que constitucionalmente no le correspondía.

Caso similar ocurre con relación al Acuerdo Municipal No. 002 del 17 de febrero de 2005, numeral 1.1.05 del Art. 32, donde el Concejo Municipal de San Vicente del Caguán Caquetá, reprodujo una Prima de Servicios del siguiente tenor:

“1.1.05. –Prima de servicios

Pago equivalente a treinta (30) días de salario por cada año de servicio o proporcionalmente al tiempo laborado que exceda de seis (6) meses, a que tienen derecho los empleados públicos y, según lo contratado los empleados oficiales.”
(Negrilla no original)

Competencia que conforme al análisis normativo y jurisprudencial hecho anteriormente, no se encuentra en cabeza de ningún cabildo municipal, sino del Congreso de la República; este último, señalando los principios y parámetros que se deben tener en cuenta por el Gobierno Nacional a la hora de establecer los límites máximos del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Es de aclarar como lo dice el profesor *Rivero “la incompetencia es el vicio que afecta una decisión cuando su autor no tenía el poder legal para tomarla”*. De todas las formas de ilegalidad es ésta la más grave, por cuanto los agentes públicos no pueden hacer sino aquello para lo cual están expresamente autorizados; vale decir, que deben actuar siempre sobre la base y dentro de los límites de los textos constitucionales y legales que fijan sus atribuciones.

Incluso, para terminar, el asunto no ha sido ajeno para la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, cuando la Señora Ministra de Educación y la Procuraduría General de la Nación, indagan por la procedencia en el reconocimiento de unas primas extralegales del sector educativo, indicando que

No es ajustado a derecho que se continúe con el pago de primas extralegales salvo las creadas antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 1968, y no hace diferencia el que se consideren factor prestacional o salarial, pues es claro que desde dicha reforma constitucional



la competencia para instituir el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es del legislador⁹.

DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO

La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, es una medida cautelar prevista en el artículo 230, numeral 3, del CPACA, cuya finalidad, al igual que las demás medidas cautelares previstas en el mismo, es la de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, tal como lo prevé el artículo 229 de la misma normativa.

El artículo 231, inciso 1°, establece como requisitos de procedencia de la medida cautelar, los siguientes:

- violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado.
- Que tal violación surja del análisis del acto acusado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

En este orden de ideas, *sin realizar elucubración mental mayor*, el Acuerdo Municipal No. 002 del 17 de febrero de 2005, numeral 1.1.05 del Art. 32, se apartó *clara y ostensiblemente* de los lineamientos señalados en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la C.N. Igualmente, de lo establecido en la Ley Marco 4ª de 1992 quien instituyó con claridad como 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; motivo por el cual, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad¹⁰.

⁹ Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejo de Estado. Radicado 1001-03-06000-2018-00092-00. Concepto del 31 de julio de 2018. Primas extralegales creadas por entidades territoriales.

¹⁰ Ley 4ª de 1992, art. 12.



De lo mismo, el Decreto 1042 de 1978 estipuló en su artículo 58 la Prima de Servicios bajo el siguiente tenor: *“LA PRIMA DE SERVICIO. Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año...”*.

Así las cosas, al contemplar el acto impugnado en su numeral 1.1.05 del Art. 32, la creación de una prima de servicios para los empleados del municipio *“equivalente a treinta (30) días de salario...”*, no existe duda de la extralimitación del Concejo Municipal en constituir un nuevo régimen prestacional para los empleados públicos del municipio de San Vicente del Caguán Caquetá.

Para el Consejo de Estado¹¹ la medida cautelar, después del análisis del Art. 231 del CPACA, es procedente si el demandante presenta *“documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla”*. Frente al particular, sólo basta el arrimo del acto administrativo cuestionado, pues las disposiciones jurídicas de rango constitucional o legal escapan del trámite probatorio.

Ahora bien, según sentencia del Consejo de Estado del 17 de marzo de 2015, expediente núm. 2014-03799, señaló:

*“La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en el **fumus boni iuris** y **periculum in mora**. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho”* (Negrilla mía)

De la simple lectura del Acuerdo Municipal cuestionado en su legalidad y la comparación gramatical con las normas constitucionales y legales, es imposible

¹¹ Sentencia 00291 de 2018 Consejo de Estado CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Bogotá, D.C., siete (7) de mayo de dos mil dieciocho (2018) REF: Expediente nro. 11001-03-24-000-2016-00291-00 Medio de control: Nulidad Actor: JAIME HERNÁNDEZ GONZÁLEZ



sostener la *apariencia de buen derecho*, su texto rompe al ser comparado diáfananamente con los cánones legales superiores. Incluso, el transcurso del tiempo hará que se mermen las arcas del Estado en el reconocimiento de una Prima de Servicios abiertamente ilegal.

Sea el momento para recordar que el análisis inicial de legalidad del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas, y previo al decreto de la medida cautelar de suspensión provisional¹², el Pretor

*“requiere una valoración del acto acusado que comúnmente se ha llamado valoración inicial, y que implica una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **no constituye prejuzgamiento**, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final”*

De igual forma, el Consejo de Estado ha indicado la necesidad de decretar la medida cautelar, en aquellos eventos donde se lesionan derechos e intereses colectivos, los cuales no son exclusivos de las acciones populares, miremos:

*“El CPACA faculta al Juez Contencioso Administrativo para adoptar medidas cautelares en cualquier etapa del proceso y también le otorga la facultad para decretarlas de oficio en los procesos en que se ventilen derechos e intereses colectivos. [...] Se destaca que los procesos en los cuales se ventilan derechos e intereses colectivos no son exclusivamente de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa a través de la acción popular. Si bien es cierto, este es el medio de control idóneo para la defensa de tales derechos, también lo es que a través del medio de control de nulidad se ventilan asuntos que afectan derechos e intereses colectivos, **pues la sola protección del ordenamiento jurídico en abstracto conlleva implícito un interés colectivo consistente en salvaguardar de manera general la legalidad de las actuaciones de la administración**, lo cual en determinados casos confluye con otros intereses colectivos establecidos en la Ley 472 de 1998” (Negrilla no original)*

¹² Consejo de Estado, sentencia de 17 de marzo de 2015, expediente núm. 2014-03799.



Frente al particular, no sólo se lesiona el ordenamiento jurídico, también está comprometido el *patrimonio público*, en un municipio donde sus recursos son precarios, están sometidos al pago de emolumentos salariales y prestaciones ilegales, cuya competencia desde el año de 1968 es concurrente entre el Legislativo y el Ejecutivo Nacional.

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

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

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

Visto lo anterior, respetuosamente, solicito se *suspenda provisionalmente* el numeral 1.1.05 del Art. 32 del Acuerdo Municipal No. 002 del 17 de febrero de 2005, donde se creó una Prima de Servicios para los empleados públicos del orden territorial municipal, equivalente a treinta (30) días de salario pagaderos los primeros quince días del mes de julio de cada año, bajo las consideraciones antes expuestas.

De otro lado, la protección al ordenamiento jurídico y al patrimonio público como intereses colectivos de rango superior.

PRUEBAS



Solicito a esa Honorable Corporación decretar y tener como pruebas las siguientes:

- 1º. Oficio del 23 de julio de 2018, dirigido al señor alcalde de la municipalidad.
- 2º. Oficio No. 03107 del 01 agosto del 2018, donde la municipalidad indica el reconocimiento de la Prima de Servicios y remite el Acuerdo Municipal No. 002 del 17 de febrero de 2005.
- 3º. Copia de la sanción municipal del acto cuestionado y constancia de publicación.

ANEXOS

- Certificación laboral de la Coordinación Administrativa de la Procuraduría Regional de Caquetá de la calidad de Procurador judicial I Administrativo de Caquetá.
- Copia de la demanda para el traslado y el archivo.

NOTIFICACIÓN

Recibiré notificaciones en la secretaría de ese Despacho o en la Cra. 9 No. 9-65 B/El Prado, Procuraduría Regional de Caquetá. fdussan@procuraduria.gov.co

La parte demandada recibirá notificación en la Calle 4 No. 4-65 Esquina Palacio Municipal, barrio El Centro. alcaldia@sanvicentedelcaquan-caqueta.gov.co

Del Honorable Juez,

Atentamente.

FABIO ANDRES DUSSAN ALARCON
Procurador 71 Judicial I Administrativo

**Carrera 9 No. 9 – 65 Barrio El Prado – Teléfono 4347779
Florencia - Caquetá**