

## **ETAPA PARA FORMULAR ALEGATOS DE CONCLUSION - Omisión. Nulidad / NULIDAD POR OMISION DE LA ETAPA PARA FORMULAR ALEGATOS DE CONCLUSION – Saneamiento**

Ya en el pasado esta Corporación ha definido que algunos de los vicios de procedimiento pueden sanearse, si es que las partes afectadas no protestan oportunamente por la informalidad cometida. Así se hubiera configurado la causal, ella estaría saneada en la medida que las partes guardaron silencio, actitud que de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina implicaría convalidación, en especial si se trata de una nulidad subsanable

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 140 NUMERAL 6

## **PRIMA DE ANTIGÜEDAD – Regulación legal / PRIMA DE ANTIGÜEDAD - Beneficiarios / PRIMA DE ANTIGÜEDAD – Requisitos**

La prestación reclamada "prima de antigüedad", se concedía si el servidor conservaba el mismo cargo durante dos años, así disponía el Decreto No 2285 de 1968. Luego, el Decreto No. 1912 de 1973 mantuvo la prima bianual, pero estableció como excepción el ascenso o traslado. Más tarde los Decretos Nos. 174 y 230 de 1975, redujeron a un año el tiempo necesario y mantuvieron las excepciones anotadas. El artículo 36 del Decreto No. 1950 de 1973 dispuso que el tiempo que durara un encargo en una responsabilidad diferente no afectaba la antigüedad. Posteriormente, el Decreto No. 540 de 1977 estableció escalas temporales; quedó limitada luego la Prima de Antigüedad a los funcionarios que a 7 de junio de 1978 estuvieran percibiendo asignaciones correspondientes a la tercera o cuarta columna salarial de las previstas en el Decreto No. 540 de 1977. La Ordenanza No 31 de 1985 se excluyó de ese derecho, al personal nombrado por resolución, al personal docente, a los empleados al servicio de la Secretaría de Higiene, Salud Pública, Empresa Licorera de Santander y a la Beneficencia de Santander. El 29 de noviembre de 1988, mediante la Ordenanza No. 014, se aclaró el artículo segundo de la Ordenanza No. 31, en el sentido de que se excluía a los "trabajadores oficiales (...) En consecuencia todos los Empleados Públicos de la Administración Central, Diputados y Funcionarios de la Asamblea Departamental tendrán derecho a la Prima otorgada por la Ordenanza 031...".

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2285 DE 1968 / DECRETO 1912 DE 1973 / DECRETO 174 DE 1975 / DECRETO 236 DE 1975 / DECRETO 1950 DE 1973 / ARTICULO 36 / DECRETO 540 DE 1977 / ORDENANZA 31 DE 1985 / ORDENANZA 014 de 1998

## **SALARIO - Concepto / PRESTACION SOCIAL – Diferencia con salario / SALARIO - Diferencia con prestación social / PRIMA DE ANTIGÜEDAD – Es factor salarial**

De conformidad con el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, mediante el salario se retribuye el servicio que directamente presta el empleado, categoría salario que está constituida por todas aquellas sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como contraprestación por el tiempo dedicado al desempeño de las funciones del cargo para el que ha sido designado. En otra dimensión, las relaciones económicas entre empleadores y trabajadores, contemplan las prestaciones sociales como la forma concebida para cubrir los riesgos o contingencias que pueden sobrevenir al empleado y que estén vinculados a la

prestación del servicio. Con sujeción al artículo 42 del Decreto No. 1042 de 1978, la prima de antigüedad efectivamente constituye factor salarial.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1042 DE 1978 - ARTICULO 42

**REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS TERRITORIALES – Fijación. Competencia / ESCALA DE REMUNERACION DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS TERRITORIALES - Competencia de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Municipales**

Existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de las entidades territoriales, esto es: el Congreso de la República señala los principios y parámetros que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional para fijar los límites máximos en los salarios de estos servidores; en tanto que las asambleas y los concejos, fijarán las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, por su parte los Gobernadores y Alcaldes, tendrán en cuenta las normas que para el efecto dicten las asambleas y los concejos, asignaciones económicas que en ningún caso podrán desconocer los toques máximos que para el efecto haya fijado el gobierno nacional. En efecto, los artículos 300 numeral 7º y 305 numeral 7º de la Carta Política otorgan a las Asambleas Departamentales y a los Gobernadores, respectivamente, la facultad de determinar las escalas de remuneración de los empleos del orden territorial, atendiendo los toques fijados por el Gobierno Nacional. Al amparo de las anteriores reglas constitucionales y legales las autoridades y corporaciones territoriales carecen de competencia para crear, incrementar o suprimir un emolumento o factor prestacional o salarial, pues a las entidades del orden territorial apenas les está permitida la determinación de la escala salarial, mediante la fijación de equivalencias de los cargos locales con los de orden nacional, todo ejercido dentro de los límites que fijen el Gobierno Nacional y el Congreso de la República. Así las cosas, la Asamblea Departamental de Santander carecía de competencia para crear una prima de antigüedad, pues se arrogó facultades, que como se ha demostrado, están reservadas al Gobierno Nacional, potestades que éste ejecuta dentro de un marco trazado por el legislador, en este caso mediante la Ley 4ª de 1992.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 / LEY 4 DE 1992 – ARTICULO 12 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 300 NUMERAL 7 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 305 NUMERAL 7

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**

Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de dos mil diez (2010)

**Radicación número: 68001-23-15-000-2002-00614-01(1274-08)**

**Actor: ANA JUDITH CARRILLO CARANTON Y OTROS**

**Demandado: DEPARTAMENTO DE SANTANDER**

### **AUTORIDADES DEPARTAMENTALES**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia de 12 de diciembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda instaurada por Ana Judith Carrillo Carantón y otros demandantes, contra el Departamento de Santander.

### **LA DEMANDA**

Fue interpuesta por ANA JUDITH CARRILLO CARANTON, ALICIA CACHÓN PLATA, NAZARIO BLANCO, ALCIRA CARRERO BUENO, MARÍA ROSARIO GÓMEZ MÁRQUEZ, MARTA MUÑOZ SÁNCHEZ, ÁLVARO PATIÑO PORRAS, MERCEDES RODRÍGUEZ JAIMES, MANUEL VARGAS PIMIENTO, ADALGIZA ACEVEDO GÓMEZ, NELLY ALONSO DE RAMÍREZ, MARCELA OROZCO SILVA, XENIA PICO MARTÍNEZ, JAIRO ALBERTO PÓRTELA POSADA, MARIELA ISABEL MAYORGA ROBLES, GERMÁN ALONSO SALAZAR RÚA, LUÍS A. VALBUENA AFANADOR, JUAN FRANCISCO VIDES BOLAÑOS, OSWALDO CÁRDENAS PEDROSO, LUÍS DUARTE ROJAS, GENOVEVA GUTIÉRREZ MORA, ROSA MARÍA HERNÁNDEZ, MELBA LUZ MENESES ESTRADA, MIRIAM NÚÑEZ ATENCIO, JUDITH PÉREZ BADILLO, ESTHER JULIA RUEDA, MARÍA NELLY SOLÍS DUARTE, ÁLVARO ALFARO MERCADO, PABLO A. ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, RAFAEL AUGUSTO ARROYO SALAS, EDYE BARRAZA CANTILLO, DILIA CARRASQUILLA GONZÁLEZ, FLOR ALBA CASADIEGO ARDILA, ÓSCAR GONZALO DURAN SÁNCHEZ, CARMEN A. FUENTES DE LA OSSA, ÓSCAR ENRIQUE GARCÍA HERRERA, HERMAN ALBERTO GARCÍA MARÍN, GERTRUDIS GONZÁLEZ AGUIRRE, EDITH M. LERMA DE BLANCO, JESÚS A. MÁRQUEZ CHINCHILLA, FELICITA MARTÍNEZ VALDEZ, LESLIE E. MAZZEO MENESES, LUÍS A. MENDOZA CUELLO, AUGUSTO RAMIRO MORENO DÍAZ, PABLA JOSEFA ORTIZ D M., MARÍA NORUEGA TRIANA, ALBERTO JOSÉ PEDRAZA ACUÑA, ARGENIDA PÉREZ, RUTH MAGALY PÉREZ MENA, SOCORRO QUINTERO RAMÍREZ, MATILDE RINCÓN HERNÁNDEZ, NURY ROMERO GONZÁLEZ, PETRONA, EMILIA ROSADO FAYAD, ABDÓN RUIZ CASTRO, JORGE ELIÉCER SALAZAR

RUA, ANA JULIA VALLEJO DE BARRAGÁN, MARLENE DEL C. VILLARREAL, AMELIA RODRÍGUEZ PARDO, YANNETH RUEDA DE TALERO, LUZ STELLA ARDILA MELO, HUMBERTO CARREÑO, ELSA CHAPARRO BALLESTEROS, LAURA V. ESCOBAR TARAZONA, JANETH GUTIÉRREZ GÓMEZ, LUZ AMPARO LEAL CORREA, JUSTO PASTOR MENDOZA, MYRIAM O. MENESES DE BECERRA, NORMA LUCILA NIÑO LOZANO, CESAR FRANCISCO PÁEZ ARTEAGA, ENCARNACIÓN PÁEZ, GUILLERMO PARRA, ALBA MIREYA PERDOMO VERDUGO, HUMBERTO PINTO, GLADYS PRIETO NIÑO, GRACIELA QUIROGA LIZCANO, MARTHA RUTH REMOLINA HERNÁNDEZ, ALFREDO RINCÓN MANTILLA, AMANDA RODRÍGUEZ FLORES, MARÍA ELISA RUIZ NÚÑEZ, YOLANDA SÁNCHEZ LIZARAZO, MARTHA M. SARMIENTO ALMEYDA, CECILIA TARAZONA ARIZA, LUZ MARY AGUILAR, INÉS ARGUELLO NIÑO, ANA JULIA ARENAS DE MERA, MARGARITA GAMBOA ROA, LUZ MARINA M. DE BALLESTEROS, RUTH QUIJANO GARCÉS, DORIS STELLA TORRES RIBEROS, CLARA INÉS MERA LÓPEZ, JAIME GELVES FLÓREZ, LUZ STELLA CARVAJAL ALVARADO, CARMEN L. MANTILLA DE GÓMEZ. MARÍA ANGÉLICA VEZGA IBARRA, JOSÉ ANTONIO TALERO VERA, JOSÉ A. CÁRDENAS CASTELLANOS, EDELMIRA HIGUERAS SANABRIA, MARÍA SOFÍA MORENO, CLARA INÉS PRADA ACEVEDO, NATALIA TOVAR DURAN, GLORIA VILLAMIZAR GARCÍA, JAVIER ARCINIEGAS VEGA, ANA LEONOR ARENAS DE ARAGÓN, SUSANA BLANCO RODRÍGUEZ, GLADYS CASTELLANOS BOHÓRQUEZ, JOSÉ E. CASTELLANOS MORENO, MÉLIDA A. JAIMES DE MENDOZA, LUÍS EDUARDO LEÓN AMAYA, EDITH A. MARTÍNEZ DE SUÁREZ, ESTHER RIVERA LEAL, LUÍS HERNANDO ROA RODRÍGUEZ, MARÍA ZORAIDA RODRÍGUEZ OTERO, GLORIA SÁNCHEZ PUERTO, JULIO SUÁREZ REVELO, BLANCA H. TORRES DE MÉNDEZ, LUISA S. HERNÁNDEZ SANDOVAL, HERBERTH MONSALVE VILLABONA, AMINTA PARDO SÁNCHEZ, MARÍA ESTHER PRADA MORENO, CELMIRA RODRÍGUEZ DE NIÑO, GLADIS M. VIRVIESCAS BÁRCENAS, FERNANDO ACEVEDO GÓMEZ, RICARDO ANTOLINEZ PÉREZ, LUZ MARINA APARICIO ESCOBAR, OSMIN BARRAGÁN GÓMEZ, ESTEBAN BAYONA GARCÍA, JORGE AUGUSTO CADENA, ANA ESTHER CAICEDO RODRÍGUEZ, LUCIANO CHAPETA DELGADO, ROBERTO CONTRERAS PALOMINO, GUSTAVO CRUZ, LUZ MARINA FLÓREZ ORDÓÑEZ, MANUEL ANTONIO FLÓREZ RUIZ, CARMEN ELISA GÁLVIZ FORERO, MARÍA A. GONZÁLEZ TARAZONA, ALDEMAR MALDONADO PEÑA, BERTHA LUCIA MENDOZA DÁVILA, JOSÉ ÁNGEL MENDOZA RODRÍGUEZ, JOSÉ GUILLERMO ORTIZ GONZÁLEZ, JAIME E. SARMIENTO URREGO, ALBA STELLA SIERRA

DE GIRALDO, OLGA ALVARADO NÚÑEZ, EDGAR ALFONSO CAMPOS TORRES, JOSÉ MANUEL MORALES ARIAS, LUÍS A. RAMÍREZ ROJAS, LILIA BARÓN, GRACIELA GÓMEZ MANTILLA, EMILCE JAIMES DE PACHECO, JAVIER MENDOZA PIÑEREZ, NUBIA CARMENZA SILVA ARENAS, HILDA HERNÁNDEZ OTERO, EDUARDO HERNÁNDEZ REY, SEBASTIÁN GUERRERO TARAZONA, MARIELA E. DEL CARMEN MORA, MANUEL ANTONIO RAMÍREZ, GRACIELA SANABRIA VILLAMIZAR, JORGE VEGA SÁNCHEZ, GLORIA AGUILAR DÍAZ, SANDRA MIREYA DÍAZ RODRÍGUEZ, MARÍA DEL C. GÉLVES DE PABÓN, ELENA GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, AMANDA MANTILLA CASTILLO, NAZARET MARTÍNEZ ACELÁS, MARIELA MIRANDA, PASTOR ORTIZ GUTIÉRREZ, REINALDO PABÓN GARCÍA, HELENA RODRÍGUEZ VELANDIA, MARLENY BARAJAS MORALES, EMELLY AMPARO RAMÍREZ VALBUENA, LUÍS ALFONSO ARIZA MORENO, JOSÉ J. GONZÁLEZ PALOMINO, FABIOLA HERREÑO DE SERRANO, JUAN BAUTISTA LEÓN MURCIA, GLORIA M. MOGOLLÓN DE C., STELLA VARGAS BARBOSA, TILCIA MARÍA VARGAS, TRINA OSORIO DE GÉLVEZ, ÁLVARO LEÓN MOLINA CUERVO, ANA MARÍA MANRIQUE BLANCO, BELCY MARÍA DEL SOCORRO REYES, ERNESTINA SALAZAR SUÁREZ, RAMIRO BLANCO MACHADO, GIOMAR CARRILLO PÁEZ, ALFONSO MARTÍNEZ JEREZ, GLADYS MÉNDEZ ORTIZ, MARCIANA MESA SUÁREZ, DORA INÉS OLARTE PÁEZ, MIGUEL F. RÍOS HERNÁNDEZ, LIGIA STELLA GALLO LÓPEZ, HERNANDO MARÍN GARCÍA, LUÍS FERNANDO MORALES GRAZ, OLGA TERESA PORTILLA DE ROJAS, ANGELMIRO SÁNCHEZ MEJÍA, LEONOR CACUA CAMARGO, GERMÁN SÁNCHEZ ARDILA, MARINA RODRÍGUEZ DE DÍAZ, LUZ GLADYS SILVA GÓMEZ, EMILCE ALVARADO ALVARADO, JOSEFINA CALDERÓN, CARLOS JULIO CÁCERES, ANA JOAQUINA SÁNCHEZ, DORA TARAZONA, JESÚS MARÍA CÁCERES GONZÁLEZ, PACÍFICO CORREA BASTO, TERESA JAIMES CARVAJAL, FLOR OLIVA JAIMES RUIZ, DORA INÉS ROJAS CALDERÓN, BERTHA ALICIA, BERNAL POVEDA, LUZ MARINA PICO LAGOS, MIRYAM CAMACHO CORREA, EDGAR ANTONIO FIGUEROA JAIMES, ANDRÉS A. FLÓREZ MANTILLA, BERNARDINO FUENTES GODOY, GEORGINA REMOLINA URIBE, ESPERANZA RIVERA RIVERA, HERMINDA ALMEYDA ALMEYDA, MARY GÓMEZ DE FORERO, MARÍA IRMA HURTADO LEÓN, HAEL ORTIZ DE CORNEJO, SAÚL SUÁREZ CORZO, JOSÉ LEÓN PINZÓN, NELSY MANTILLA RINCÓN, CARLOS BELTRÁN MARTÍNEZ, AMINTA BERNAL HERRERA, ROSA AMELIA DELGADO, AMPARO ARTEAGA ARDILA, ISABEL ARDILA MOSQUERA, VLADIMIR AYALA MALAGÓN, ASCENSIÓN CAMACHO ARCHILA,

CARLOS JULIO CUADROS GARZÓN, JOSÉ IGNACIO DÍAZ GÓMEZ, LUZ MARINA FAJARDO SILVA, ALCIDES GALINDO CUADROS, JULIA ISABEL GÓMEZ CARRILLO, CHIQUINQUIRÁ GARZÓN CORTES, GERARDO LEÓN PINZÓN, ANA LUCIA MARTÍNEZ MATEUS, MARIANO MENDOZA GÓMEZ, MARLEN MORENO QUIROGA, MIGUEL ANTONIO ORTIZ, MIRYAM PARDO ARENAS, GLADYS PEÑA VARGAS, MARTHA GEORGINA PUERTO QUIROGA, MIREYA RODRÍGUEZ SÁENZ, ANA DOLORES SÁNCHEZ CANTOR, MARÍA VITALIA SÁNCHEZ TÉLLEZ, EDGARDO JIMENO SANTOS GÁLVIZ, LUZ ELSA TAMAYO CAMACHO, TRINIDAD TRASLAVIÑA BARBOSA, JAIRO GÁLVIZ ZULETA, BERNARDA PEREIRA DE PACHÓN, DUVAN SILVA BARBOSA, CEFERINO ROJAS, DARÍO ALFONSO ARIZA ROMERO, MARCO JULIO QUITIAN MARÍN, VIRGILIO SALINAS RANGEL, EDMUNDO ROJAS LAGUADO, LUZ STELLA CAMACHO DE MONSALVE, ANA MYRIAM AGUILAR PRIETO, LUÍS ENRÍQUEZ JAIMES HERRERA, CARMELITA VILLAMIL BARÓN, MARÍA CELINA CANO CARMONA, MIGUEL DUARTE DURAN, MARÍA STELLA ESPINEL BARAJAS, EDGAR GARCÍA PEÑARANDA, MAGDALENA PINZÓN PINZÓN, YOLANDA ARDILA PÉREZ, MARÍA IMELDA BARAJAS DE GUERRERO, MARLEN CAMACHO DAZA, JORGE LOZADA FLÓREZ, OBDULIA ACUÑA CHAPARRO, LIBORIO ÁLVAREZ BRAVO, NUBIA T. DE JESÚS BARCARCEL R., MARGARITA MARÍA CÁCERES MONTOYA, MARÍA IFIGENIA CORZO DE DÍAZ, PARMENIO FLÓREZ CRUZ, MERCEDES FORERO PINTO, MARIELA GARCÍA CORZO, VITALIA GÓMEZ DE REMOLLNA, HONORIO GUERRERO LESMES, HERMINIA HERNÁNDEZ GUALDRÓN, LUÍS RAMÓN LIZARAZO FORERO, LUÍS ERNESTO MESA FORERO, OVIDIO MONSALVE RODRÍGUEZ, JAIRO MORALES AGREDO, ELIÉCER REMOLINA GUALDRÓN, ALBERTO LUÍS TORRES GÁLVIZ, GUILLERMO VARELA BARRETO, JESÚS MARÍA VELANDIA, MARIELA BLANCO ARIAS, FLOR MARÍA ANGARITA BECERRA, CIRO BAJARAS GÓMEZ, GLORIA AMPARO PINTO PRADA, MARÍA HILDA ROJAS VILLAMIZAR, NUBIA ARTEAGA GÓMEZ, MATILDE DÍAZ ALBINO, CECILIA MORALES DE MENDOZA, ANA CLEOTILDE SUÁREZ GARNICA, GLADYS YANETH TORRES ARCE, JORGE VARGAS, ÁLVARO VELANDIA RODRÍGUEZ, MARÍA GLADYS OCHOA CORZO, ALCIRA PRADA AMAYA, RAÚL RAMÍREZ MANRIQUE, YOLANDA GONZÁLEZ SIERRA, ROSA INÉS PINEDA MÉNDEZ, GLORIA INÉS PICO TARAZONA, MARÍA LUZ ÁNGEL RIVERO PINTO, LUÍS ANTONIO BARAJAS QUINTERO, CARLOS AUGUSTO PEREIRA MARTÍNEZ, MARÍA LIGIA RUEDA DE AMAYA, ANA JOAQUINA GARCÍA SALAMANCA, MARÍA AMPARO MONSALVE GÓMEZ, BERTA M.

SANTANDER FUENTES, DORIS ABRIL DE BRICEÑO, ORLANDO AYALA DÍAZ, MISAEL BARRAGÁN GÓMEZ, MARTHA JANETH CORREA JIMÉNEZ, NUBIA GONZÁLEZ PAVÓN, TERESA LEÓN ARAQUE, ALIRIO MARTÍNEZ, DORA CECILIA BALLESTEROS GÓMEZ, JOSÉ BAUTISTA HERNÁNDEZ, LILIA MARTHA ÁLVAREZ, SARA ELVIA BENAVIDES DE ORTIZ, FRANCISCO J. BENAVIDES VALERO, JOSUÉ CAMACHO PIÑZÓN, OFELIA CORTES SOSA, JORGE ELIÉCER CUBIDES, JULIA DEL CARMEN DÍAZ DE LINERO, MARÍA DE LOS A. FAJARDO AGUILERA, GENOVEVA GONZÁLEZ HEREDIA, MARÍA A. HERRERO HERNÁNDEZ, CLARA AMELIA MARTÍNEZ ROJAS, GLORIA MARTÍNEZ ROJAS, MYRIAM C. MARTÍNEZ SARMIENTO, CALOS HERNÁN PARDON PINZÓN, MARÍA AÍDA PEÑA CHAVARRO, ESTHER RESTREPO GIRALDO, DORA LUCILA ROMERO QUITIÁN, BLANCA RUTH RONCANCIO DE FORERO, CLARA INÉS SUPELANO BARAJAS, ADDA TERESA TÉLLEZ DE ROZO, MARCO ANÍBAL ACERO MARTÍNEZ, GIL ARIEL ÁVILA TORRES, MARÍA DE LOS ÁNGELES BAUTISTA, OLGA AMANDA BRAVO PRIETO, EVELIO CAMACHO SANTAMARÍA, SIXTA ADELA CRUZ FAJARDO, PEDRO NEL CUBIDES CUADRADO, LUZ MYRIAM CUBIDES DE PIZA, CARLOS EDUARDO FORERO PINZÓN, JOSÉ FRANCISCO GAMBA, MYRIAM HERREÑO DÍAZ, JOSÉ DEL CARMEN MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JAVIER MOSQUERA CUBIDES, YAMILE OVALLE RÍOS, GRACIELA PALOMINO CUBIDES, GLORIA MARLEN PARDO PARDO, NAYIBE PARRA VIRVIESCAS, JOSÉ POLIDORO PIZA VELÁSQUEZ, CARMEN MARÍA MACIAS HOYOS, SAÚL PADILLA GARCÍA, ESTHER RAQUEL SÁNCHEZ LASCARRO, LUÍS ABRAHAM CISNEROS LOZANO, ELIZABETH DOWNS TOSO, BEATRIZ H. FRAGOSO DE FUENTES, RUBY CAROLINA VILLARREAL DÍAZ, SOLANGE MAYORGA DE HERNÁNDEZ, MARÍA HELENA ESPARZA DE PÉREZ, GLORIA VILLAMIZAR RIVERO, ROSA EREMA BOHÓRQUEZ GONZÁLEZ, ELVA MARÍA VILLAMIZAR VILLAMIZAR, ROSMIRA CASTELLANOS BOHÓRQUEZ, GLORIA ISABEL JAIME GARCÍA, HÉCTOR POMPILIO JEREZ FLÓREZ, JAIME MEDINA CARVAJAL, FLOR DE MARÍA MONSALVE DELGADO, ALIX MARÍA NORIEGA DE ORDÓÑEZ, CARMEN E. QUINTERO DE BLANCO, MANUEL M. TARAZONA TARAZONA, MARÍA EUGENIA CÁCERES DE ROA, HÉCTOR MANUEL VALENCIA MORENO, OLIVERIO FIGUEROA CABALLERO, MARÍA TERESA CARRILLO PEDRAZA, MARÍA AZUCENA ARDILA DE BARAJAS, MARÍA TERESA BECERRA GUTIÉRREZ, ROSA LEYLA CORREA NIEBLES, IMELDA FORERO DE GIL, MARÍA EDILIA ORTIZ ARIAS, GLADYS PINTO PLATA, LUZ HELENA QUIÑÓNEZ MACIAS, MYRIAM RODRÍGUEZ DE AYALA, RICARDO

RODRÍGUEZ PINTO, ROSALBA SILVA DE DÍAZ, MYRIAM MARTÍNEZ LÓPEZ, MARÍA DEL CARMEN ARIAS PLATA, GRACIELA BALLESTEROS DE ISTAN, HUGO FIGUEREDO RUEDA, NATIVIDAD GONZÁLEZ DE ARENAS, EMILIA GUEVARA VILLAR, PEDRO ELÍAS LEÓN CABARIQUE, FLORESMIRO J. LÓPEZ JIMÉNEZ, HILDA LUNA DE FERNÁNDEZ, ISABEL MANTILLA DE TARAZONA, LUÍS SERRANO RUEDA, ELSA VARGAS DE HERNÁNDEZ, LUZ MYRIAM ROBLES DE HERRERA, NELLY SILVA SUÁREZ, ALCIRA DURAN RIVERA, RAMIRO HERNÁNDEZ SARMIENTO, AZUCENA MARÍN BARBOSA, CESAR AUGUSTO MÉNDEZ PICO, MAGDALENA RIVERA, MYRIAM ROSAS DE ABRIL, MARINA DUARTE DE MARTÍNEZ, GUILLERMINA TOLOZA MANRIQUE, MARÍA ROSA CASTILLA, ELVIA MARÍA GONZÁLEZ DE MOLINA, OMAIRA SANDOVAL VILLAMIZAR, JOSEFINA DELGADO DE GONZÁLEZ, RUTH MARY VALENCIA DE ÁLVAREZ, TERESA LUZ MERY MATEUS QUIROGA, MARTÍN BAUTISTA BARRIOS, FABIO GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, UBIA GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, ANA LEONOR LANDAZABAL ROSAS, GLADYS CORREDOR VILLAMIL, JESÚS RIVERO CRUZ, PEDRO ANTONIO SANDOVAL CRUZ, MARÍA HELENA ARDILA GÁLVEZ, ELÍAS BARRERA ARIZA, JOSÉ ARTURO CUBIDES CORTES, DORA INÉS O. BARBOSA, FLOR CONSUELO FONTECHA ARIZA, ESPERANZA GUIZA OLARTE, EDILBERTO HERNÁNDEZ HERREÑO, AÍDA MORALES FONSECA, LUÍS ALBERTO MORALES LESMES, ROBINSÓN ALFONSO PARDO GARCÍA, BLANCA CECILIA PÉREZ, GONZALO RODRÍGUEZ ANGULO, MARCO TULIO TÉLLEZ DÍAZ, HÉCTOR JULIO CAMACHO ROJAS, NICODEMUS GONZÁLEZ CÁRDENAS, HERMENCIA GONZÁLEZ DE MATEUS, ROSEMBERG HERNÁNDEZ ROJAS, LUZ FANNY MENDOZA, PEDRO NARANJO MESA, CARLOS ALBERTO PARDO DÍAZ, DARÍO DE JESÚS PARRA BOHÓRQUEZ, NIEVES PINZÓN, EDGAR SÁNCHEZ ARIZA, DORA INÉS VILLAMIZAR ARIZA, GLORIA RUEDA ARENALES, MARÍA EUGENIA MACIAS PLATA, ELIANA QUINTERO DE LUNA, HERNANDO RODRÍGUEZ MUÑOZ, MARÍA MATILDE RUEDA PARADA Y MARÍA LUCILA SERRANO DE PAREDES.

Las personas antes mencionadas, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitaron al Tribunal Administrativo de Santander declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos (Fls. 452 a 481):

- El Oficio No. 5790 de 13 de agosto de 2001, suscrito por el Asesor del Despacho del Gobernador, por medio del cual ese funcionario declaró

improcedente la solicitud de reconocimiento del incremento salarial por antigüedad reclamado por los interesados.

- El Oficio No. 9474 de 27 de septiembre de 2001, expedido por el Asesor del Despacho del Gobernador, por medio del cual resolvió desfavorablemente el recurso de reposición propuesto contra el Oficio No. 5790 del 13 de agosto de 2001 y subsidiariamente concedió el recurso de apelación.
- El Oficio No. 06785 de 22 de octubre de 2001, suscrito por el Gobernador de Santander, en virtud del cual decidió el recurso de apelación presentado contra el Oficio No. 5790 del 13 de agosto de 2001, suscrito por el Asesor del Despacho del Gobernador (folio 499).

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, la parte actora pidió declarar:

- "...que la relación que existió o existe, entre el Departamento de Santander, y mis representados, en su calidad de trabajadores administrativos remunerados con recursos del situado fiscal y que laboran en los establecimientos de Educación Oficial y Órganos Administrativos en el Departamento de Santander, fue o es de carácter laboral."
- " ... que tienen pleno derecho al reconocimiento y pago de los incrementos de salarios por antigüedad, desde el 1º de enero de 1997, y de los que se sigan causando hasta su pago efectivo, a los que están actualmente vinculados, y hasta la fecha del retiro a los que se haya retirado del servicio, en igualdad de condiciones a quienes tal derecho se les reconoce y paga por parte del Departamento de Santander."
- "...que los valores a reconocer y pagar deben ser indexados a partir de la fecha en que sean reconocidos y hasta cuando sean efectivamente cancelados".

Los demandantes igualmente reclaman que el Departamento de Santander sea condenado a:

- “reconocer y pagar a cada uno de mis representados, señores: ( ... ) durante el tiempo que prestaron o que presten sus servicios como trabajadores administrativos remunerados con recursos del situado fiscal y que laboran en los establecimientos de Educación Oficial y en Órganos Administrativos del Departamento de Santander, los Incrementos de salarios por antigüedad o prima de antigüedad, en igualdad de condiciones a quienes el ente territorial Departamental citado, les reconoce y paga.”
- “...a pagar a mis poderdantes, los incrementos de salarios por antigüedad o prima de antigüedad, de acuerdo al salario que cada uno devengue o devengó, en los porcentajes : del 25%, para los que tengan de 1 a 5 años; el 50%, para los que tengan de 5 a 10 años de antigüedad; el 70%., para los que tengan de 10 a 15 años de antigüedad y el 100%, para los que tengan más de 15 años de antigüedad, teniendo en cuenta el nivel, grado y código asignado a cada uno de los cargos administrativos de las diferentes dependencias y órganos de la Administración Departamental, que desempeña o desempeñó cada uno de los demandantes como trabajador administrativo remunerado con recursos del situado fiscal y que laboran en los establecimientos de Educación Oficial y en órganos Administrativos del Departamento de Santander.”
- “Disponer que los incrementos de salarios por antigüedad, deberán ser reconocidos y pagados a mis mandantes, desde el día primero (1º) del mes de enero de 1997, y se les debe seguir pagando a quienes están vinculados actualmente, y hasta la fecha de retiro, para quienes se hayan desvinculado del servicio.”
- “Condenar al Departamento de Santander, a reconocer y pagar la indexación de los valores causados, de acuerdo al I.P.C., a partir del momento en que se hicieron exigibles, hasta cuando sean efectivamente cancelados.”
- “Disponer que las cantidades o valores reconocidos en la sentencia resultante de la presente acción devengarán intereses moratorios a partir de su ejecutoria.”
- “Ordenar a la parte demandada dar cumplimiento a la sentencia en el término previsto en el artículo 176 de Código Contencioso Administrativo.”

Las pretensiones tienen apoyo en los hechos que enseguida se compendian:

Los demandantes prestan sus servicios al Departamento de Santander, lo hacen en diferentes cargos y establecimientos de educación oficial, así como en órganos administrativos, empleos que son remunerados con recursos del Situado Fiscal, hoy Sistema General de Participaciones.

Desde el año de 1997, las asignaciones de los empleados y trabajadores en los diferentes niveles, grados y códigos del Departamento de Santander, están regulados en los Decretos Nacionales números 31 del 10 de enero de 1997; 40 del 10 de enero de 1998; 035 del 8 de enero de 1999; 2720 del 27 de diciembre de 2000 y 1460 del 19 de julio de 2001.

Los demandantes desempeñan funciones administrativas en la educación oficial, hoy están adscritos al Departamento de Santander por virtud de la Ley 343 de 1975 y, según el Acuerdo No. 002 del 30 de Mayo de 1980 de la Junta Administradora del F.E.D. (antes F.E.R.)

El derecho que se reclama -incremento salarial por antigüedad o prima de antigüedad-, está reconocido en los Decretos Nos 1042 de 1978, 174 y 230 de 1975, 540 de 1977 y 420 de 1979, a favor de los empleados administrativos. De este beneficio gozan algunos de los trabajadores departamentales, y excluidos los demandantes, a pesar de que ellos están vinculados en igualdad de condiciones a los demás. Se reclama entonces el derecho al incremento por antigüedad, prestación causada desde el 1º de enero de 1997.

El 3 de septiembre de 1999, los demandantes elevaron por primera vez petición a la Administración Departamental de Santander, en procura del reconocimiento salarial; lo hicieron por segunda ocasión el 16 de Julio de 2001. La Administración, mediante el Oficio No. 5790 del 13 de agosto de 2001, suscrito por el Asesor de Grupo Administración de Personal del Departamento, dio respuesta en forma conjunta negando los derechos pedidos, para lo cual manifestó que por depender todos los empleados de la Nación o Situado Fiscal, no podían ser cobijados por las Ordenanzas números 31 de diciembre de 1985 y 14 de noviembre de 1988, que sí reconocen este derecho a otros funcionarios vinculados al Departamento.

Al desatar el recurso de reposición y en subsidio el de apelación interpuesto contra la decisión contenida en el Oficio No. 5790, la Administración, a través de los Oficios Nos. 9474 del 27 de septiembre, y 06785 del 22 de octubre de 2001, confirmó la negativa al reconocimiento de los derechos reclamados, aduciendo que a pesar de existir un sólo nominador del gasto, que es el señor Gobernador, los reclamantes dependen de la nación o situado fiscal y que es competencia indelegable del Congreso de la República fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

A juicio de la parte demandante, con la petición hecha quedó interrumpida la prescripción, por lo mismo agotada la vía gubernativa y abierto el camino para acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

### **LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

La Constitución Política, en los artículos 1º, 2º, 6º, 13, 23, 25, 53, y 90.

El Decreto No. 1042 de 1978, en sus artículos 49 y 97.

Acusan los demandantes que los actos administrativos están viciados de nulidad, pues infringen las normas en las que debieron fundarse; fueron expedidos en contradicción al ordenamiento y a los principios que inspiran el Estado Social de Derecho. Con los actos acusados se viola abiertamente el derecho de igualdad, pues el incremento del salario por antigüedad cubre solamente a algunos de los empleados administrativos, mientras excluye a los demandantes.

El derecho reclamado está previsto en los Decretos Nacionales Nos. 174 y 230 de 1975; 540 de 1977; 1042 de 1978; y 420 de 1979, a pesar de ello, la autoridad departamental, excluyó del beneficio a algunos de sus funcionarios administrativos y empleados del sector educativo, vulnerando así el derecho a la igualdad que a todos los trabajadores les asiste, si es que concurren idénticas situaciones de hecho y de derecho.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El Gobernador del Departamento de Santander, se pronunció sobre cada uno de los hechos enunciados en la demanda y replicó a las pretensiones con base en los siguientes argumentos: (Fls. 520 a 526)

Antes de entrar a estudiar la viabilidad de la cancelación de la Prima de Antigüedad, se refirió al Decreto No. 0118 del 11 de mayo de 2001, por medio del cual el Gobernador en uso de sus facultades legales señaló unas funciones específicas para el Asesor del Área de Personal, dentro de las cuales se encuentra la de “asesorar en los asuntos jurisdiccionales y administrativos en que debe intervenir como parte, ordenado por el superior inmediato ...”, para concluir que la respuesta dada por el Asesor del Despacho del Gobernador en el Oficio No. 5790, se hizo en virtud de la competencia señalada en el memorando emitido por el señor Gobernador.

En cuanto al reconocimiento de la prima de antigüedad, dijo que la misma se creó para los empleados públicos al servicio de las diferentes dependencias de la Administración Central Departamental, Diputados y Empleados de la Asamblea. Teniendo en cuenta que los demandantes dependen de la Nación - Situado Fiscal - para efectos salariales y prestacionales, continuarán sometidos al régimen especial que regula su vinculación y, por tanto, las normas invocadas no le son aplicables.

Alega la excepción de falta de legitimación de la entidad demandada; conforme a la Ley 60 de 1993 la nómina de la Secretaría de Educación se cancelaba con cargo a recursos del Situado Fiscal, hoy Sistema General de Participaciones - Ley 715 de 2001 - y la entidad viene cumpliendo con el pago de acuerdo a lo girado por la Nación.

Y por último, propone la excepción de prescripción contra todas las obligaciones que aparecieran demostradas en el proceso y que hayan sido exigibles en un tiempo igual o superior al previsto en la ley para que opere la excepción.

## **LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Tribunal Administrativo de Santander, mediante la Sentencia de 12 de diciembre de 2007, negó las pretensiones de los demandantes, decisión judicial amparada en los siguientes argumentos: (Fls. 558 a 712)

La prima de antigüedad fue creada para los empleados públicos del orden nacional y se conserva para aquellos empleados que la venían disfrutando, hasta la promulgación del Decreto No. 1042 de 1978 que restringió dicha prima; pues según este decreto la prima quedó circunscrita, a partir del 7 de junio de 1978, para quienes estuvieren percibiendo asignaciones correspondientes a la tercera o cuarta columna salarial de las previstas en el Decreto No. 540 de 1977.

La vinculación de los demandantes fue posterior a la entrada en vigencia del precitado decreto, por tanto, a estos empleados le son aplicables las disposiciones nacionales vigentes al momento de su incorporación, normas que ya no contemplan la prima de antigüedad. Advierte el Tribunal que en materia salarial al ser cubiertos los pagos con recursos del Situado Fiscal, hoy Sistema General de Participaciones previsto en la Ley 715 de 2001, no se les puede aplicar a los empleados del sector educativo las normas que regulan la Prima de Antigüedad creada por ordenanzas departamentales.

Añade el a quo que el Decreto No. 1042 de 1978 calificó la Prima de Antigüedad como salario, y por ende, concluyó que el único órgano competente para establecer modificaciones salariales, es el Congreso Nacional.

Para el Tribunal, el derecho reclamado está aquejado de prescripción, a lo cual agrega que a los demandantes no le son aplicables las Ordenanzas No. 31 del 17 de noviembre de 1985 y 14 del 22 de noviembre de 1988.

### **EL RECURSO DE APELACIÓN**

Expresan los demandantes su inconformidad con la sentencia, ya que en su sentir, a partir de la expedición de las Ordenanzas 31 y 14 de las fechas ya señaladas en este proveído, nació el derecho de los demandantes a solicitar el reconocimiento y pago de la prima de antigüedad, la cual sí ha sido reconocida a los demás empleados públicos de la Administración. Recalcan los demandantes que solamente están excluidos del reconocimiento de esta prestación los trabajadores oficiales, calidad que ellos no ostentan.

Discrepan los apelantes de las apreciaciones hechas por el Tribunal, en cuanto al cumplimiento de los requisitos para acceder a la Prima de Antigüedad, pues en su sentir varios de ellos se encuentran vinculados a la administración pública y de manera ininterrumpida desde el 1º de febrero de 1972, por ello, el reconocimiento pedido está ajustado al ordenamiento.

Por último, el reproche que el recurrente hace a la sentencia, pasa por señalar que el Tribunal calificó la Prima de Antigüedad como salario, inferencia que se erige en una “ambigüedad e interpretación errónea que hace, teniendo en cuenta que el legislador es muy claro y concreto en expresar que ese derecho ‘prima de antigüedad’ es un factor salarial, de acuerdo a la redacción del artículo 42 de la norma citada...”. Insiste la parte demandante, en que no se puede confundir el salario o asignación básica mensual, con otras prestaciones laborales a las que la misma norma les otorga el carácter de salario, pues ello conduciría aceptar que los otros factores salariales contemplados en el artículo 42 del Decreto No. 1042 de 1978, como gastos de representación, prima técnica, auxilio de transporte etc., también constituirían salario.

Se quejan los demandantes porque el Tribunal no analizó la situación de hecho en que ellos se encuentran, en comparación con los empleados públicos de la administración central del Departamento, pues estos servidores sí reciben el beneficio reclamado.

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicitó confirmar la sentencia proferida por el Tribunal de Santander, concepto apoyado en los siguientes argumentos: (Fls. 737 a 744)

En el Decreto No. 1042 de 7 de junio de 1978, que estableció el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, establecimientos públicos y unidades administrativas del orden nacional, se determinaron las escalas de remuneración correspondientes; en el artículo 42 se establecieron los factores de salario y se determinó la asignación básica definida por la ley para los diferentes cargos, así como el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso

obligatorio, se dijo allí que también constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. Según la norma citada, son factores de salario los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 del referido Decreto.

El Agente del Ministerio Público no acepta la distinción que hace el censor sobre que la prima de antigüedad es “factor salarial” y no “salario”, porque el Decreto No. 1042 de 7 de junio de 1978, en el artículo 42 determina que ella sí "constituye salario", esto es, que viene a ser componente del salario o remuneración, porque el empleado lo recibe mensualmente, es decir, de manera habitual y periódica como retribución por sus servicios. Hacer la diferencia entre “salario” y “factor salarial” tendría importancia si se tratara de prescripción, pero éste no es el caso.

El personal administrativo de la Secretaría de Educación, prosigue, no tiene derecho a la prima de antigüedad, razón suficiente para excluir las reclamaciones, sin que sea posible acudir al principio de igualdad, dado que éste, como es bien sabido y reconocido por la jurisprudencia y la doctrina, se predica de los iguales, a más que los demandantes no proveyeron los elementos de juicio necesarios para efectuar el test comparativo entre funciones que ejecutan unos y otros y las calidades exigidas para la vinculación.

## **CONSIDERACIONES**

El problema jurídico principal se contrae a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos por la Gobernación de Santander, por medio de los cuales esa autoridad negó el reconocimiento de la Prima de Antigüedad a la que dicen tener derecho los demandantes.

En consecuencia, a la Sala, le corresponde decidir sobre: **1.** La evolución del marco normativo que regula la prima de antigüedad. **2.** Determinar si la Prima de Antigüedad es un factor salarial o si por el contrario es una prestación social. **3.** Competencia para el establecimiento del Régimen Salarial y Prestacional en las entidades territoriales en vigencia de la Constitución Política de 1886 y sus diferentes reformas. **4.** Caso concreto.

Empero, antes de acometer el estudio, se hace necesario establecer si se incurrió en causal de nulidad en la instancia anterior, por omisión del término para que las partes presentaran sus alegatos de conclusión.

#### **Cuestión Previa:**

**Sobre la eventual nulidad por omisión de la etapa para formular alegatos de conclusión.** Ese posible vicio de procedimiento se halla establecido en el numeral 6º del artículo 140 del C.P.C.

Ya en el pasado esta Corporación ha definido que algunos de los vicios de procedimiento pueden sanearse, si es que las partes afectadas no protestan oportunamente por la informalidad cometida.

En efecto, el Consejo de Estado en su oportunidad determinó que<sup>1</sup>:

“A propósito de la convalidación de las actuaciones procesales, cobra importancia la forma en la cual la legislación procesal civil estructura el régimen relativo a las nulidades, dentro del cual se encuentra señalado, con total claridad, cuáles son los únicos vicios y las únicas causales que al afectar la validez de las actuaciones cumplidas dentro de un proceso resultan insaneables (artículo 144, inciso final, C. de P. C.), característica que por expreso mandato legal sólo cobija a las causales comprendidas dentro de los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 140 del estatuto procesal civil, las cuales dicen relación con: **i).**- La falta de jurisdicción (artículo 140-1); **ii).**- La falta de competencia funcional (artículo 140-2); **iii).**- El desconocimiento de providencia ejecutoriada proveniente del superior, la reanudación de un proceso legalmente concluido o la pretermisión íntegra de la respectiva instancia (artículo 140-3), y **iv).**- La tramitación de la demanda por proceso diferente al que corresponde (artículo 140-4). (...) De ello se desprende, de manera diáfana, que la posibilidad de alegar las causales de nulidad susceptibles de saneamiento -al igual que sucede con las demás irregularidades que se configuren dentro de un proceso, distintas de las causales legales de nulidad procesal-, es una posibilidad que se encuentra sometida a precisas y determinadas etapas procesales cuyo vencimiento determina su preclusión, a lo cual debe agregarse que dicho saneamiento supone la convalidación de la actuación, convalidación que puede darse bien por manifestación expresa del consentimiento de la parte afectada o bien por consentimiento tácito, como el que corresponde a la realización de actuaciones posteriores sin alegación de la nulidad correspondiente.”

Por lo anterior concluye la Sala, que así se hubiera configurado la causal, ella estaría saneada en la medida que las partes guardaron silencio, actitud que de

---

<sup>1</sup> Providencia de 16 de julio de 2008, Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02381-02(23363), Actor: Instituto Nacional de Vías-Invías Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. También en providencias de 28 de noviembre de 2002, expediente No, 2961 02, número externo 0553, 7 de abril de 2005, radicación número: 76001-23-31-000-2001-00598-02(1710-03)

acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina implicaría convalidación, en especial si se trata de una nulidad subsanable

1.- La evolución del marco normativo que regula la prima de antigüedad ofrece el siguiente panorama:

La prestación reclamada "prima de antigüedad", se concedía si el servidor conservaba el mismo cargo durante dos años, así disponía el Decreto No 2285 de 1968. Luego, el Decreto No. 1912 de 1973 mantuvo la prima bianual, pero estableció como excepción el ascenso o traslado. Más tarde los Decretos Nos. 174 y 230 de 1975, redujeron a un año el tiempo necesario y mantuvieron las excepciones anotadas.

El artículo 36 del Decreto No. 1950 de 1973 dispuso que el tiempo que durara un encargo en una responsabilidad diferente no afectaba la antigüedad. Posteriormente, el Decreto No. 540 de 1977 estableció escalas temporales; quedó limitada luego la Prima de Antigüedad a los funcionarios que a 7 de junio de 1978 estuvieran percibiendo asignaciones correspondientes a la tercera o cuarta columna salarial de las previstas en el Decreto No. 540 de 1977.

A nivel Departamental, la Ordenanza No.031 del 17 de diciembre de 1985, en su artículo primero consagró:

" ... A partir del 1° de enero de 1986, créase la Prima de Antigüedad para los Empleados Públicos, al servicio de las diferentes dependencias que constituyen la administración Central Departamental, Diputados y Empleados de la Asamblea Departamental; pagadera por tiempo cumplido de servicios al Departamento así ... "

En este acto administrativo también se excluyó de ese derecho, al personal nombrado por resolución, al personal docente, a los empleados al servicio de la Secretaría de Higiene, Salud Pública, Empresa Licorera de Santander y a la Beneficencia de Santander.

El 29 de noviembre de 1988, mediante la Ordenanza No. 014, se aclaró el artículo segundo de la Ordenanza No. 31, en el sentido de que se excluía a los "trabajadores oficiales (...) En consecuencia todos los Empleados Públicos de la Administración Central, Diputados y Funcionarios de la Asamblea Departamental tendrán derecho a la Prima otorgada por la Ordenanza 031... "

## **2.- Naturaleza salarial o prestacional de la prima de antigüedad.**

De conformidad con el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, mediante el salario se retribuye el servicio que directamente presta el empleado, categoría salario que está constituida por todas aquellas sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como contraprestación por el tiempo dedicado al desempeño de las funciones del cargo para el que ha sido designado.

En otra dimensión, las relaciones económicas entre empleadores y trabajadores, contemplan las prestaciones sociales como la forma concebida para cubrir los riesgos o contingencias que pueden sobrevenir al empleado y que estén vinculados a la prestación del servicio.

El Consejo de Estado, en su Sala de Consulta y Servicio Civil, en el concepto de 26 de marzo de 1992 definió las prestaciones sociales del siguiente modo:

“Prestación Social: Es lo que debe el patrono al trabajador en dinero, especie, servicios y otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas o en pactos colectivos, o en el contrato de trabajo, o establecidas en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono, para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación del trabajo o con motivo de la misma”.

Por su parte, la Sección Segunda de esta Corporación<sup>2</sup>, ha determinado que el elemento temporalidad de una erogación, no es constitutivo ni suficiente para distinguirla o catalogarla como prestación social o factor salarial, es decir, no es el factor tiempo el que determina la diferencia de naturaleza entre el salario y la prestación. Para estimar si una erogación es salario o prestación social, ha de averiguarse el fin con el que fue creada, es decir si para retribuir el servicio o para cubrir una contingencia del trabajador.

Con sujeción al artículo 42 del Decreto No. 1042 de 1978, la prima de antigüedad efectivamente constituye factor salarial. Dispone esa norma que:

“Art. 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

---

<sup>2</sup> Sentencia del 19 de noviembre de 2009, exped. No. 0055 -08, Magistrado Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón.

obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

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.

h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión

El anterior marco normativo es determinante para definir la competencia de las entidades territoriales, pues si de conformidad con la Constitución y la ley, sólo el Gobierno Nacional está autorizado para fijar los salarios de los empleados, carecía de competencia la Asamblea para crear una prima de antigüedad que según la norma transcrita, es factor constitutivo de salario.

### **3.- Competencia para el establecimiento del Régimen Salarial y Prestacional en las entidades territoriales en vigencia de la Constitución Política de 1886 y sus diferentes reformas.**

Los demandantes fundan su reclamo en la Ordenanza No. 31 de 17 de noviembre de 1985 expedida en vigencia de la Constitución de 1886, por consiguiente, es menester analizar las competencias establecidas en dicha Constitución, teniendo en cuenta las reformas que sobre el particular se expidieron, para mostrar las limitaciones de la competencia de las asambleas.<sup>3</sup>

La Constitución Política de 1886, en su artículo 76, numeral 7° reservaba al Congreso la facultad de “Crear todos los empleos que demande el servicio público, y fijar sus dotaciones.”, y en el numeral 3°, la de “conferir atribuciones especiales a las Asambleas Departamentales”, potestad refrendada en el artículo 187 ibídem, según el cual “Las Asambleas Departamentales, además de sus

---

<sup>3</sup> A este respecto dijo la Sentencia de 10 de julio de 2008, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicado No. 15001233100020020257301 (2481-2007).

atribuciones propias, podrán ejercer otras funciones por autorización del Congreso.”

Luego, mediante la expedición del Acto Legislativo No. 3 de 1910, fueron facultadas las Asambleas Departamentales para fijar “...el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos”, facultad ratificada mediante la Ley 4ª de 1913<sup>4</sup>.

Posteriormente, en el Acto Legislativo No. 1 de 1945, artículo 186, numeral 5º, se reiteró la autorización para que el Congreso confiriera atribuciones especiales a las Asambleas Departamentales, y se reprodujo la facultad conferida por el Acto Legislativo No. 3 de 1910, para que aquellas entidades administrativas fijaran de manera directa el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos.

Se desprende de todo lo anterior que con sujeción a las reglas creadas por la Constitución de 1886, las Asambleas Departamentales sí tenían competencia para fijar los sueldos de los empleados de las entidades territoriales.

Con posterioridad, se expidió el Acto Legislativo No. 1 de 1968, que modificó, entre otros, los artículos 76<sup>5</sup>, 120<sup>6</sup> y 187<sup>7</sup> de la Constitución de 1886. Introdujo la reforma, dos nuevos conceptos, el de escalas de remuneración, y el de emolumentos; el primero, debía ser establecido por el Congreso a nivel nacional; por las Asambleas a nivel departamental; y por los Concejos en el orden local, mientras que el segundo, le correspondía al Presidente de la República y al Gobernador, respectivamente.

Por su parte, en dicha reforma se estableció que el régimen prestacional de los empleados del orden nacional, era de competencia única y exclusiva del Congreso, pues así se determinó en ordinal 9º del artículo 76.

---

<sup>4</sup> Artículo 97, ordinal 25. “Fijar los sueldos de los empleados del departamento que sean de cargo del Tesoro Departamental”.

<sup>5</sup> Modificado por el Artículo 11, que establece las competencias del Congreso.

<sup>6</sup> Modificado por el Artículo 41, que fija las competencias del Presidente.

<sup>7</sup> Modificado por el Artículo 57, que consagra las competencias de las Asambleas Departamentales.

Así las cosas, desde la reforma constitucional de 1968 comenzó un proceso tendiente a crear una competencia compartida y concurrente en materia de la política salarial, pues tanto el Presidente de la República, como los Gobernadores, podían fijar los emolumentos de los empleados de sus dependencias, siempre con sujeción a las leyes o normas expedidas por el Congreso y las Asambleas.

El siguiente conjunto de normas entonces vigentes disponía lo siguiente:

“Artículo 11 del Acto Legislativo No. 1 del 12 de diciembre de 1968. El artículo 76 de la Constitución Nacional quedará así:

Corresponde al Congreso hacer las Leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

(...)

9. Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos, y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales;

(...)”

“Artículo 57 del Acto Legislativo No. 1 del 12 de diciembre de 1968. El artículo 187 de la Constitución Nacional quedará así:

Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas.

(...)

5. Determinar a iniciativa del Gobernador, la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias, y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo.

(...)”

Es evidente que con la última de las reformas constitucionales mencionadas, la competencia para fijar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, cambió ostensiblemente, situación que se consolidó definitivamente con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991.

En estas condiciones, la competencia para fijar, no sólo el régimen de salarios, sino también el de prestaciones sociales de los empleados públicos del orden nacional y territorial, éste último, que estaba limitado al Congreso, pasó a ser atribución del Presidente de la República, según se desprende de lo dispuesto en el numeral 19, literales e) y f) del artículo 150 de la Constitución Política de 1991, que en su tenor literal establece:

“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;

(...)

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

Con fundamento en el precepto constitucional analizado, el Congreso de la República, mediante la Ley 4ª de 1992 determinó las normas, objetivos y 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 concretamente, en su artículo 12, dispuso:

“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.”

De los preceptos antes referidos, se deduce con toda nitidez que es atribución única y exclusiva del Presidente de la República, fijar los límites de los salarios y prestaciones sociales de los empleados de las entidades territoriales, desde luego siguiendo los parámetros establecidos por el legislador en la Ley 4ª de 1992.

En lo que tiene que ver con el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992 estableció que el Gobierno Nacional señalaría el límite máximo de estos servidores, guardando las equivalencias con cargos similares del orden nacional, dicha determinación, de suyo general, aunque incide en las facultades de las autoridades del orden

territorial, por ningún motivo las cercena, pues dichas autoridades, fijarán las escalas de remuneración.

De acuerdo con lo anterior, existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de las entidades territoriales, esto es: el Congreso de la República señala los principios y parámetros que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional para fijar los límites máximos en los salarios de estos servidores; en tanto que las asambleas y los concejos, fijarán las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, por su parte los Gobernadores y Alcaldes, tendrán en cuenta las normas que para el efecto dicten las asambleas y los concejos, asignaciones económicas que en ningún caso podrán desconocer los topes máximos que para el efecto haya fijado el gobierno nacional.

En efecto, los artículos 300 numeral 7º y 305 numeral 7º de la Carta Política otorgan a las Asambleas Departamentales y a los Gobernadores, respectivamente, la facultad de determinar las escalas de remuneración de los empleos del orden territorial, atendiendo los topes fijados por el Gobierno Nacional, en los siguientes términos:

“Artículo 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:

(...)

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

(...)

Artículo 305. Son atribuciones del gobernador:

(...)

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

Al amparo de las anteriores reglas constitucionales y legales las autoridades y corporaciones territoriales carecen de competencia para crear, incrementar o

suprimir un emolumento o factor prestacional o salarial, pues a las entidades del orden territorial apenas les está permitida la determinación de la escala salarial, mediante la fijación de equivalencias de los cargos locales con los de orden nacional, todo ejercido dentro de los límites que fijen el Gobierno Nacional y el Congreso de la República.

**4.- El caso concreto.** Los recurrentes plantean en su impugnación (Fl. 728) que es “a partir de la expedición de las ordenanzas No. 31 de 17 de noviembre (sic) de 1985, y No. 14 de 22 de noviembre de 1988 que nace el derecho de mis mandantes para solicitar el reconocimiento y pago de este beneficio laboral...” (las subrayas no son originales). Es evidente entonces que la prestación reclamada en este proceso, tiene como fuente el acto de una entidad territorial, por lo que, deberá examinarse la conformidad de dicho acto con la Constitución y la ley. Teniendo en cuenta la síntesis que se ha hecho, las Ordenanzas que invocan los apelantes como fuente de su reclamación, fueron producidas con quebranto de las normas de orden Constitucional vigentes para la época de su expedición, pues tal es el resultado de juzgar la legalidad de las Ordenanzas Nos. 31 de diciembre de 1985 y 14 de noviembre de 1988. Y aunque éstas son anteriores a la Constitución de 1991, respecto de ellas cabría aplicar el artículo 11 del Acto Legislativo No. 1 del 12 de diciembre de 1968, modificatorio del artículo 76 de la Constitución de 1886, que luego de la reforma dispuso que:

“Corresponde al Congreso hacer las Leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

(...)

9. Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos, y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales;

(...)”

Así las cosas, la Asamblea Departamental de Santander carecía de competencia para crear una prima de antigüedad, pues se arrogó facultades, que como se ha demostrado, están reservadas al Gobierno Nacional, potestades que éste ejecuta dentro de un marco trazado por el legislador, en este caso mediante la Ley 4ª de 1992.

En el pasado el Consejo de Estado se ocupó de la materia, justamente en una controversia suscitada por los trabajadores de la salud del mismo Departamento de Santander.

Se indagó en ese precedente, sobre si la prima de antigüedad es constitutiva de salario, igualmente acerca de la competencia de la Asamblea Departamental para fijar la prima de antigüedad y si por haber desbordado la Asamblea sus competencias, debían inaplicarse las ordenanzas que regularon dicha remuneración.

Dijo entonces esta misma Sección del Consejo de Estado, a propósito de un reclamo hecho, como ya se dijo, por empleados de la Salud del Departamento de Santander:

**“La consagración de la prima de antigüedad para los empleados departamentales –Secretaría de Salud-.**

Esta prima según la Ordenanza 031 de diciembre 17 de 1985, se creó inicialmente para los empleos públicos al servicio de las diferentes dependencias que constituyen la administración central departamental, diputados y empleados de la asamblea (Fol. 5). Posteriormente y a través de la ordenanza 047 del 22 de noviembre de 1999 “por la cual se fija el presupuesto general del departamento para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre del año 2000”, respecto a la prima de antigüedad se dispuso:

“... pago especial a que tienen derecho los servidores públicos que hayan prestado sus servicios a la administración Central e Institutos Descentralizados del orden Departamental, en lo demás se regirá en lo establecido en las Ordenanzas 31 de 1985 y 14 de 1988 y según lo pactado con los trabajadores oficiales...”

La atribución constitucional otorgada a las Corporaciones administrativas en los artículos 300.7 y 313.6 superiores, para determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de orden seccional y local comprende únicamente la facultad de establecer en forma numérica y sistemática, tablas salariales por grados, en las que se consignan la asignación o remuneración básica mensual, teniendo en cuenta la clasificación y niveles de los diferentes empleos.

Así las cosas y, como el actor soporta su reclamo salarial en un acto ordenanzal que como quedó visto fue expedido por fuera de la órbita de competencia de la Asamblea, que no está facultada para crear este tipo de rubro –salario-, para la Sala es claro que de tal acto no se puede derivar el derecho petitionado, máxime cuando es obligación del juez contencioso en eventos como este, hacer uso de la figura contenida en el artículo 4º superior que le permite cuando observa incompatibilidad entre un acto o norma con la constitución, inaplicar el acto para el caso concreto que se sometió a su conocimiento.

Lo hasta aquí analizado permite concluir a la Sala que la decisión de la primera instancia debe confirmarse, en cuanto es ostensible la incompatibilidad entre los mandatos superiores y el acto ordenanzal creador de la prima de antigüedad. Ello se infiere del análisis jurídico que de las distintas normas reguladoras del sistema salarial y prestacional se efectuó en párrafos anteriores.

En este orden de ideas, los argumentos que refiere el recurrente respecto a que la sentencia no aborda las pretensiones y vulnera el principio de igualdad frente a los restantes funcionarios del departamento a quienes no cobija la inaplicación, no tiene fundamento legal alguno. El juez puede y está no solo facultado, sino obligado, para en caso de observar incompatibilidad de un acto o de una norma con un mandato constitucional, a inaplicar dicho acto o norma.

Adicionalmente dirá la Sala que no es cierta la afirmación que hace el recurrente de ser la sentencia incongruente, porque, no puede el juez decidir sobre un derecho derivado de un acto que a todas luces es incompatible con la Constitución, pues tal y como lo ha dicho la Corte Constitucional, la excepción de ilegalidad se circunscribe a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulte lesivo del orden jurídico superior, inaplicación que puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad, de suspensión provisional formulada en la demanda, de ilegalidad formulada por el demandado al contestar la demanda, o aún pronunciarse de oficio.

Es decir, que no necesariamente el juez debe esperar a que la administración decidida acudir en acción de lesividad, o a que se le plantee la excepción de ilegalidad para pronunciarse, si observa la ilegalidad, sino que, como se dijo, está en el deber de declararla.<sup>8</sup>

La semejanza del precedente releva a la Sala de abundar en más argumentos, para concluir que son inaplicables por inconstitucionales las ordenanzas citadas y por este preciso aspecto no hay reproche para la sentencia recurrida.

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Bogotá D.C., sentencia de 26 de marzo de 2009, Radicación número: 68001-23-15-000-2003-02733-01(2606-07), actor: Sergio Orlando Ferro Dávila, demandado: Departamento de Santander.

## **FALLA**

**INAPLICAR** las Ordenanzas Números 031 y 014 de 17 de diciembre de 1985 y 29 de noviembre de 1988.

**CONFIRMASE** la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda instaurada por los demandantes contra el Departamento de Santander.

**Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ**

**GERARDO ARENAS MONSALVE**

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**