

**VALIDEZ DE LA ORDENANZA 13 DE 1947 DEL DEPARTAMENTO DE
CUNDINAMARCA A LUZ DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE 1991**

**ARNOLD DAVID PAIVA PINILLA
DANIEL MAURICIO PEREZ LINARES
EDER FABIAN VENEGAS ESQUIVEL**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CENTRO DE INVESTIGACIÓN
BOGOTÁ D.C., 2011**

**VALIDEZ DE LA ORDENANZA 13 DE 1947 DEL DEPARTAMENTO DE
CUNDINAMARCA A LUZ DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE 1991**

**ARNOLD DAVID PAIVA PINILLA
DANIEL MAURICIO PEREZ LINARES
EDER FABIAN VENEGAS ESQUIVEL**

Monografía para optar al título de
Abogado

Asesor

**Dr. FERNANDO MORENO GONZALEZ
Docente Área de Derecho Público**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CENTRO DE INVESTIGACIÓN
BOGOTÁ D.C., 2011**

NOTA DE ACEPTACIÓN

Presidente del Jurado.

Jurado.

Jurado.

Fecha:

CONTENIDO

	PÁG
INTRODUCCIÓN	
1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	8
1.1. PROBLEMA	8
1.1.1. Planteamiento del problema	8
1.1.2. Formulación del problema	10
1.1.3. Sistematización del problema	10
1.2. JUSTIFICACIÓN	10
1.3. OBJETIVOS	12
1.3.1. Objetivo general.	12
1.3.2. Objetivos específicos	13
1.4. HIPÓTESIS	13
1.5. RESULTADOS ESPERADOS.	14
2. CONSTITUCIONALIDAD DE LA ORDENANZA 13 DE 1947 DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991.	16
2.1. Acreencia laboral que estipula el artículo 5° de la Ordenanza 13 de 1947.	16
2.2. Facultad Legislativa en materia de fijación de emolumentos salariales para los servidores públicos.	17
2.3. Vigencia de las normas departamentales en el tiempo.	24
2.4. Inconstitucionalidad sobreviniente.	28
2.5. Alf Ross.	31

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL SOBRESUELDO CONTEMPLADO EN LA ORDENAZA 13 DE 1947.	34
3.1. Salario.	34
3.1.1. Organización Internacional del Trabajo.	35
3.2. Asignación.	36
3.3. Incremento por antigüedad.	36
4. CONDICIONES Y BENEFICIOS LABORALES QUE CONTEMPLA EL DECRETO 2277 de 1979 QUE ADOPTAN NORMAS SOBRE EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DOCENTE.	39
4.1. Régimen especial de la carrera docente estipulado en el Decreto 2277 de 1979.	39
4.2. Docentes que hacen parte del régimen especial de la carrera docente.	40
4.3. Vacío normativo contemplado en el Decreto 2277 de 1979, en cuanto a beneficios laborales para los docentes.	42
4.4. Principio de favorabilidad.	43
4.5. Principio del no menoscabo de derechos o condición más beneficiosa.	44
5. PRONUNCIAMIENTOS POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA Y CONSTITUCIONAL.	46
5.1. Jurisprudencia que predica la inconstitucionalidad sobreviniente.	46
5.2. Jurisprudencia que reconoce efectos a Ordenanzas departamentales creadas en vigencia de la Constitución de 1886.	50
CONCLUSIONES.	55
BIBLIOGRAFÍA.	57

INTRODUCCIÓN

Mediante el presente trabajo, se quiere analizar las soluciones jurídicas que podemos utilizar cuando estamos frente a un vacío normativo en la aplicación de normas laborales para los servidores públicos, con el fin de salvaguardar los derechos que han sido adquiridos y que están siendo arbitrariamente negados por el ente estatal.

Se pretende demostrar si las normas creadoras de emolumentos salariales para empleados del Estado, expedidas por entidades territoriales con anterioridad de la Constitución Política de 1991 son aplicables; lo anterior teniendo en cuenta que el Congreso de la Republica en función concurrente con el Gobierno Nacional, son las únicas instituciones facultadas legal y constitucionalmente para la regulación de asuntos salariales respecto a los empleados públicos.

Queremos exponer las interpretaciones vagas y erradas que se le están dando a la aplicación del reconocimiento del 20% de sobresueldo que contempla la Ordenanza 13 de 1947 para los empleados y obreros del Departamento de Cundinamarca, debido al desconocimiento que se viene presentando tanto por los operadores jurídicos como por los funcionarios del ente territorial.

Este trabajo, va dirigido a docentes y empleados del Departamento de Cundinamarca, profesionales del derecho, jueces y todas aquellas personas interesadas en el tema, ya que servirá de guía en el evento de existir duda en la

reclamación y aplicación del derecho que está contemplado en la ordenanza 13 del año 47.

El lector encontrará una adecuada exégesis realizada en el presente trabajo al artículo 5° de la Ordenanza 13 de 1947 frente a la legislación actual y la Constitución Política de 1991 para su aplicación, cuando le es desconocido el derecho de sobresueldo a los docentes, ya que estos cuentan con un régimen especial, el cual está contemplado en el Decreto Ley 2277 de 1979.

En síntesis se concluirá que a los docentes que hacen parte del régimen especial señalado en el Decreto Ley 2277 de 1979 le es aplicable y por tanto se les debe reconocer el sobresueldo contemplado en el artículo 5 de la ordenanza 13 de 1947.

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. PROBLEMA

Validez de la Ordenanza 13 de 1947 del Departamento de Cundinamarca a luz de la Constitución Política de 1991.

1.1.1. Planteamiento del problema:

Se evidencia, que a pesar de ser la Ordenanza 13 del año 1947 del Departamento de Cundinamarca una norma de antaño, que no ha sido derogada ni declarada inexecutable por el órgano de control correspondiente, no se le está dando aplicabilidad con respecto a los docentes que laboran para el sector territorial, desmejorando con ello, las situaciones salariales en particular, y desconociendo los derechos laborales constitucionales que son inherentes a la persona.

Dicho desconocimiento al 20% de sobresueldo contemplado en la ordenanza 13 de 1947, se viene presentando al inferir por un lado, que la norma es inconstitucional, y por el otro, que los docentes hacen parte de régimen especial señalado en el Decreto Ley 2277 de 1979, el cual regula todos los aspectos referentes a la carrera docente, y por tal razón, no le es aplicable la ordenanza en mención.

Pero es de advertir, que al observar detenidamente el decreto de la carrera docente, éste no estipuló ni reguló nada referente a la remuneración y a las acreencias laborales para los docentes, indicando con ello que hay un vacío normativo sobre cuáles son los beneficios que en materia laboral le son aplicables, por ellos, es necesario investigar de fondo mencionado vacío en la ley, a efectos de determinar si la ordenanza 13, le es aplicable a los maestros.

Al investigar la jurisprudencia, con la finalidad de encontrar una solución a dicho acontecimiento jurídico, no se observó que hasta el momento exista algún pronunciamiento en que se pueda concluir si es legal o no el reconocimiento de la acreencia laboral de la ordenanza 13 del año 1947.

Entonces, es del caso analizar si la ordenanza 13 de 1947 que crea un beneficio salarial para los empleados y obreros del Departamento de Cundinamarca, es aplicable a los docentes del ente territorial, pues la mayoría de ellos hacen parte del régimen especial contemplado en el Decreto Ley 2277 de 1979, aunque este no señale nada referente a acreencias laborales.

Cumple precisar que los derechos laborales tienen rango de carácter constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano e internacionalmente, y por tal razón siempre habrá de interpretarse y entenderse los vacíos normativos que existan, en función de preservar lo más favorable para los trabajadores, es por ello que vemos necesario como lo hemos manifestado realizar una exhaustiva investigación para determinar si la Ordenanza 13 de 1947 es aplicable a los docentes del Departamento de Cundinamarca.

1.1.2. Formulación del problema:

¿La Ordenanza 13 de 1947 del departamento de Cundinamarca, es aplicable a los docentes teniendo en cuenta que ellos hacen parte del régimen especial contemplado en el decreto ley 2277 de 1979?

1.1.3. Sistematización del problema:

- ¿La ordenanza 13 de 1947 expedida por la Asamblea del Departamento de Cundinamarca es inconstitucional teniendo en cuenta que a la luz de la Constitución Política de 1991 quién señala los objetivos y criterios salariales y prestacionales de los empleados públicos es el Congreso en función concurrente con el gobierno nacional?
- ¿Cuál es la naturaleza jurídica del sobresueldo del 20% que contempla la ordenanza departamental?
- ¿Los docentes que pertenecen al Departamento de Cundinamarca y que hacen parte del régimen especial, tienen derecho a otras acreencias laborales reconocidas a empleados públicos del sector territorial?
- ¿Cuál es la posición de la jurisdicción contenciosa administrativa frente al reconocimiento del sobresueldo del 20% estipulado en la Ordenanza 13 de 1947?

1.2. JUSTIFICACIÓN:

En la actualidad, teniendo en cuenta que a la luz de la Constitución Política de 1991, el legislador en función concurrente con el Gobierno Nacional son los órganos facultados para la expedición y regulación de normas que regulan los

aspectos laborales de los empleados públicos, es necesario establecer, si la Ordenanza departamental 13 de 1947, creada con anterioridad a la Constitución del 91, es válida y aplicable para los docentes del ente territorial.

Es por ello, que al observar la ordenanza 13 de 1947, ésta determinó en su artículo 5° un reconocimiento claro y exigible de un incremento del 20% de sobresueldo para los empleados y obreros del ente territorial, por ende, como se ha manifestado, es necesario estudiar de fondo el tema, a efectos de determinar su constitucionalidad con el fin de preservar las garantías salariales de los servidores públicos que se les están desconociendo.

De otro lado, la Gobernación de Cundinamarca se ha abstenido injustificadamente de reconocer los derechos laborales a la comunidad docente, pues consideran que la ordenanza objeto de análisis no es aplicable a dicho sector, aduciendo que ellos hacen parte de un régimen especial y la nomina de la Secretaria de Educación proviene del Ministerio de Educación Nacional mediante el sistema general de participaciones, de generando con ello, desigualdad en su aplicación, ya que a los obreros y empleados del Departamento se les reconoce, cuando cumplen con los requisitos estipulados en la citada norma¹.

Entonces, el problema se presenta cuando se deja de aplicar la norma que reconoce el sobresueldo a los docentes, por ello es necesario analizar si aun perteneciendo al régimen especial de la carrera docente, es decir Decreto 2277, tienen derecho al beneficio contemplado en la ordenanza 13 de 1947, pues de ello sobreviene un vacío que es menester aclarar, puesto que no regula nada referente

¹ SANDOVAL RUIZ Claudia Rocío. Departamento de Cundinamarca, Secretaria de Educación, oficio número 025333 de 5 de abril de 2010, Bogotá D.C.

a aspectos de carácter salarial, sobreviniendo inseguridad jurídica, pues olvidan lo señalado en el artículo 53° de la Constitución Política, que indica, siempre que exista duda en la interpretación de normas se debe aplicar la más favorable.

Es de recordar que los propuestos planteados en nuestro trabajo, dan una solución clara para el reconocimiento del sobresueldo del 20% a los docentes del departamento de Cundinamarca, por ende debe ser puesta en derecho para solucionar los casos que sobrevengan con respecto del Art. 5 de la Ordenanza 13 de 1947 en la jurisdicción contenciosa, y de este modo, dar una solución a la desigualdad e inseguridad jurídica que existe en la actualidad.

En síntesis, se hace necesaria esta investigación pues como se ha manifestado, es muy corta la información que al respecto existe, además, son insuficientes las interpretaciones jurisprudenciales que se han producido por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa, y es preciso buscar una solución al vacío jurídico que concurre, garantizando conforme a la constitución, el derecho laboral de todos los docentes que trabajan para el Departamento de Cundinamarca.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo General:

Determinar si la ordenanza 13 de 1947 expedida por la Asamblea del Departamento de Cundinamarca que contempla en su artículo 5 un reconocimiento de sobresueldo del 20%, le es aplicable a los docentes del sector

territorial, teniendo en cuenta que de conformidad con el Decreto Ley 2277 de 1979 hacen parte de un régimen especial .

1.3.2. Objetivos Específicos:

- Analizar la constitucionalidad de la ordenanza 13 de 1947 frente a la Constitución Política de 1991.
- Determinar la naturaleza jurídica del 20% de sobresueldo señalada en la ordenanza departamental.
- Establecer las condiciones y beneficios laborales que contempla el Decreto 2277 de 1979 para los docentes que hacen parte de dicho régimen especial.
- Indagar los pronunciamientos que existen por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa respecto al tema objeto de estudio.

1.4. HIPÓTESIS:

Podemos concluir, que la Ordenanza departamental 13 de 1947 al contemplar un emolumento salarial para los empleados del ente territorial es constitucional, por lo tanto es válida y aplicable, pues cuando fue creada, la Asamblea Departamental contaba con la competencia para hacerlo; por ende, como el Decreto 2277 de 79² que estipula el régimen especial de los educadores, no se pronunció sobre las

² Régimen especial de la carrera docente.

acreencias laborales para los docentes, también es legítima su aplicación como empleados del departamento de Cundinamarca, entonces, al existir un vacío normativo en la interpretación de las normas y en estudio a los principios constitucionales de favorabilidad y condición más beneficiosa, es procedente su reconocimiento.

De lo anterior colegimos, que cuando nos encontremos con un proceso administrativo que busque el reconocimiento de la acreencia laboral establecida en la Ordenanza 13 del 47, al ser negada por parte del ente Estatal, esta debe ser reconocida a los docentes por parte del Juez natural, ya que nada se dijo en el Decreto Ley 2277 sobre las acreencias laborales, y reiteramos, como se mencionó, por favorabilidad es aplicable.

1.5. RESULTADOS ESPERADOS:

La finalidad primordial que perseguimos con esta investigación, es que pueda ser de gran ayuda a los operadores jurídicos para defender los derechos laborales de los empleados públicos, en específico, los docentes que laboran para el Departamento de Cundinamarca, a efectos de garantizar la aplicación de normas constitucionales y legales de carácter laboral.

Otro resultado deseado, es la aprobación de ésta monografía para optar por título de Abogado que otorga la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia.

Por último, pretendemos, contribuir a la construcción e interpretación del conocimiento, dado que existe un vacío normativo y desconocimiento jurídico con respecto a la aplicación del reconocimiento del 20% de sobresueldo que estipula la Ordenanza 13 de 1947 del Departamento de Cundinamarca frente a los docentes que hacen parte del régimen especial, conforme al Decreto 2277 de 1979.

2. CONTITUCIONALIDAD DE LA ORDENANZA 13 DE 1947 DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991.

2.1. Acreencia laboral que estipula el artículo 5° de la Ordenanza 13 de 1947.

A efectos de determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 5° de la Ordenanza departamental, es necesario señalar textualmente su contenido, que expresa:

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

La Gobernación procederá a liquidar en el presupuesto las partidas correspondientes, quedando ampliamente facultada para hacer las operaciones del caso, a fin de dar cumplimiento a esta disposición, la cual regirá desde el día primero de julio próximo”³.

Del artículo se desprende que existen cuatros requisitos esenciales que debe tener en cuenta tanto el operador jurídico como el funcionario público para su reconocimiento, los cuales en síntesis se en listas de la siguiente manera: 1) que el obrero o el empleado esté al servicio del Departamento de Cundinamarca; 2) que haya cumplido 20 años o más al servicio del ente territorial; 3) que empleado

³ Gaceta de Cundinamarca No 6844 de 27 de junio de 1947

no se haya pensionado; y 4) que se halle en el ejercicio de sus funciones con una antigüedad no menor a cinco años sin solución de continuidad. Requisitos que se deben cumplir y sin los cuales no es procedente el reconocimiento de la acreencia laboral.

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

Teniendo en cuenta que el tema que nos ocupa en este capítulo, es determinar si la Ordenanza 13 de 1947 del Departamento de Cundinamarca que en su artículo 5°, contempla un emolumento salarial para los servidores públicos como se evidencio anteriormente, es constitucional o inconstitucional, es necesario indagar desde la Constitución del año 1886, hasta la época, quienes o quién era el ente o la institución encargada de la creación de acreencias laborales para los empleados y obreros del Estado.

Es así, que inicialmente, con la expedición de la Constitución de 1886, ésta facultó al Congreso de la República de Colombia, para la creación de las leyes, en las cuales, debían regular todos los temas y aspectos referentes a la regulación del servicio público, determinando sus dotaciones, al expresar:

“Constitución Política de la Republica de Colombia- 1886

Artículo 72: Corresponde al Congreso hacer las leyes.

3. Crear todos los empleos que demande el servicio público, y fijar sus respectivas dotaciones

Artículo 187: Compete también a las Asambleas departamentales crear y suprimir Municipios, con arreglo a la base de población que determine la ley, y segregar y

agregar términos municipales consultando los intereses locales. Si de un acto de agregación o segregación se quejare algún vecindario interesado en el asunto, la resolución definitiva corresponde al Congreso.

Artículo 191: Las ordenanzas de las Asambleas son ejecutivas y obligatorias mientras no sean suspendidas por el Gobernador o por la autoridad judicial⁴.

Significa lo anterior, que desde un comienzo, era el Congreso de la Republica el facultado para la regulación del tema salarial de los empleados públicos, luego entonces, como se observó, dicha función le estaba vedada a las Asambleas departamentales.

Luego, con la expedición del Acto Legislativo No. 3 de 1910 en su artículo 54, a las Asambleas de los Departamentos les delegó la potestad legislativa de la regulación para fijar el número de empleados departamentales, sus funciones y sueldos, señalando:

“Acto Legislativo No. 3° de 1910

Artículo 54.- Corresponde a las Asambleas: 1. Reglamentar por medio de ordenanzas y de acuerdo con los preceptos constitucionales los establecimientos de instrucción primaria y secundaria y los de beneficencia, cuando fueren costeados con fondos del Departamento; 2. Dirigir y fomentar por medio de ordenanzas y con los recursos propios del Departamento, las industrias establecidas y la introducción de otras nuevas, la importación de capitales extranjeros, la colonización de tierras pertenecientes al Departamento, la apertura de caminos y de canales navegables, la construcción de vías férreas, la explotación de bosques de propiedad del Departamento, la canalización de ríos, lo relativo a la policía local, la fiscalización de las rentas y gastos de los Distritos y

⁴ Aprobada el 4 de agosto y promulgada el 7 de agosto de 1886 presidente encargado José María Campo Serrano.

cuanto se refiera a los intereses seccionales y al adelantamiento interno; 3. Organizar las Contadurías o Tribunales de Cuentas de los Departamentos, nombrar los Contadores o Magistrados correspondientes y presentar sendas ternas para el nombramiento de los Fiscales de los Tribunales y Juzgados Superiores y de sus respectivos suplentes; 4. Crear y suprimir Municipios con arreglo a la base de la población que determine la ley, y segregar o agregar términos municipales, consultando los intereses locales. Si de un acto de agregación o segregación se quejare algún vecindario interesado en el asunto, la resolución definitiva corresponderá al Congreso; 5. La creación y supresión de Circuitos de Notaría y de Registro y la fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos; y, 6. Llenar las demás funciones que les señalen la Constitución y las leyes”. (Subrayado ajeno al texto)

Posteriormente y con la publicación del Acto Legislativo No. 1° de 1945, la potestad constitucional que había sido encargada a las asambleas departamentales en el Acto Legislativo No. 3 del año 1910 se mantuvo, tras señalar:

“Acto Legislativo No. 1 de 1945

Artículo 83: El artículo 186 de la Constitución quedará así:

ARTÍCULO 186 Corresponde a las asambleas:

1. Reglamentar, por medio de ordenanzas y de acuerdo con los preceptos constitucionales y legales, los establecimientos de instrucción primaria y secundaria y los de beneficencia, cuando fueren costeados con fondos del Departamento.
2. Dirigir y fomentar por medio de ordenanzas y con los recursos propios del Departamento, las industrias establecidas, y la introducción de otras nuevas, la importación de capitales extranjeros, la colonización de tierras pertenecientes al Departamento, la apertura de caminos y de canales navegables, la construcción

de vías férreas, la explotación de bosques de propiedad del Departamento, la canalización de ríos, lo relativo a la Policía local en todo aquello que no haya sido materia de reglamentación por la ley, la fiscalización de las rentas y gastos de los Distritos y cuando se refiera a los intereses seccionales y al adelantamiento interno.

3. Organizar la Contraloría Departamental y elegir el Contralor para un periodo de dos años.

4. Crear y suprimir Municipios, segregar o agregar términos municipales, y fijar límites entre los Distritos, llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley.

5. La fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos.

6. Llenar las demás funciones que les señalen la Constitución y las leyes”⁵.
(Subrayado propio)

Ya con la expedición del Acto Legislativo No. 1 de 1968, la competencia para la regulación y expedición de normas laborales para los empleados públicos, quedó radicada en cabeza del Congreso de la Republica, permaneciendo, solamente en función de las asambleas, la función de regular las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo:

“Acto Legislativo No. 1 del 1968

Artículo 11: El Artículo 76 de la Constitución Nacional quedará así:

Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejercer las siguientes atribuciones:

⁵ Diario Oficial No. 25.769, del 17 de febrero de 1945.

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

12. Revestir, pro tempore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen.

Artículo 57. El Artículo 187 de la Constitución Nacional quedará así:

Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas:

5a. 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.

Artículo 60. El Artículo 194 de la Constitución Nacional quedará así: Son atribuciones del Gobernador:

9a. Crear, suprimir y fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales, y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus emolumentos, con sujeción a las normas del ordinal 5o del Artículo 187⁶.

Dicha competencia constitucional, en manos del Congreso de la Republica, fue ratificada con la nueva Constitución Política de 1991, norma que además de fortalecer las instituciones jurídicas, trajo consigo la protección de los derechos laborales, clasificándolos como esenciales al ser humano, además, mencionada facultad, fue concurrente con el Gobierno Nacional, ya que al órgano Legislativo le fue encargada de función de estipular las normas generales que señalan los objetivos y criterios, para posteriormente, la Administración central fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, señalando:

⁶ Diario Oficial No. 32.673 del 17 de Diciembre de 1968.

“Constitución Política de Colombia De 1991

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

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

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

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”⁷.

Es por ello, que conforme al numeral 19 del artículo 150 de la carta superior, fue expedida la Ley 4 de 1992, que señaló los objetivos y criterios que observa el gobierno nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, y en el caso que nos ocupa, es importante tener en cuenta el artículo 12° que estipuló que las entidades territoriales, no se pueden arrojar la

⁷ Gaceta Constitucional No. 127 del 10 de octubre de 1991.

facultad de fijar el régimen prestacional de los empleados públicos, ya que dicha función corresponde al Gobierno Nacional.

Conforme al anterior estudio jurídico realizado a través de la historia sobre la facultad constitucional del órgano encargado de la fijación de emolumentos salarial para los empleados públicos, queda claro que a la luz de la Constitución Política de 1991, a las asambleas departamentales, les está prohibido o les está vedada dicha atribución, pues de una simple lectura al numeral 19 del artículo 150 de la Const. P., en concordancia con la Ley 4 de 1992, expresó que es el Gobierno Nacional la institución con la potestad para fijar las reglas que regulan el régimen salarial de los empleados del Estado, de los criterios y objetivos que señale la rama legislativa del poder público.

También podemos inferir con certeza, que en el año de 1947, conforme a la regulación constitucional vigente para la época, las Asambleas departamentales, contaban con la facultad de crear normas a fin de regular (creación, modificación y derogación) todos los aspectos salariales de los empleados públicos del sector territorial, ya que dicha competencia nació desde el año 1910 con la expedición del Acto Legislativo No 3 de 1910, luego fue ratificada con el Acto Legislativo No.1 del 45, para posteriormente ser derogada y encargada al Congreso de la República con el Acto Legislativo No. 1 de 1968, función que se extendió hasta el año de 1991 con la expedición de la Constitución Política.

De ello se desprende, que cuando se expidió de la Ordenanza de 13 de 1947, la Asamblea del Departamento de Cundinamarca, contaba con la facultad constitucional para hacerlo, lo que significa que la norma en comento, es

constitucional pues fue creada con las exigencias formales y materiales de que habla la doctrina.

En la hora actual, el problema jurídico que surge, se sustrae en determinar si a la luz de la carta del 91, las ordenanzas que fueron creadas con la capacidad constitucional de que se ha mencionado en el recuento normativo, siguen vigentes, o les sobreviene la excepción de inconstitucionalidad, lo que hace dispensable señalar estudiar las leyes y su aplicación en el tiempo en que nació la actual constitución.

2.3. Vigencia de las normas departamentales en el tiempo.

Para poder establecer la vigencia de una norma y como consecuencias su validez, comenzaremos por abordar que es una Ordenanza, y luego acto administrativo.

Entendiendo por ordenanza, conforme al Código Departamental en su artículo 72, son los actos de las Asambleas Departamentales destinados a dictar disposiciones para el arreglo de alguno de los asuntos que son de su incumbencia, de otro lado, se puede entender por ordenanza: “como un tipo de norma jurídica, que se incluye dentro de los reglamentos, y que se caracteriza por estar subordinada a la ley. El término proviene de la palabra orden, por lo que se refiere a un mandato que ha sido emitido por quien posee la potestad para exigir su cumplimiento. Por ese motivo, el término ordenanza también significa mandato”⁸. Se colige entonces, que ordenanza es una norma jurídica, creada por el órgano competente, y cumple su función siempre y cuando este subordinada a la ley y en la actualidad a la constitución.

⁸ <http://es.wikipedia.org/wiki/Ordenanza> - Consultada el 10 de julio de 2011.

Ahora bien, por acto administrativo conforme lo señala el profesor Carlos Pacho en su diccionario de la Administración Pública, se concibe como: “la expresión de la voluntad de la administración que tiene la virtud de producir efectos jurídicos. Por medio de él se ejercen funciones de naturaleza administrativa. Es expedido por la autoridad administrativa competente. Por lo general está contenido en un texto formal aunque puede ser también verbal y presunto o ficto

En relación con sus efectos, los actos se clasifican en:

1.- De carácter general, abstracto e impersonal. Los actos administrativos de carácter general no son obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto.

2.- De carácter particular, personal y concreto. Entran en vigencia con la notificación.

Las acciones judiciales contra los actos administrativos se resuelven por la jurisdicción contenciosa administrativa⁹.

Es por ello, que las ordenanzas departamentales son actos de la administración, y para señalar sus efectos o su fuerza vinculante, es necesario establecer su vigencia teniendo en cuenta las medidas indicadas en el Código Contencioso Administrativo y en la jurisprudencia, que señalan:

Artículo 66: PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

1. Por suspensión provisional.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.

⁹PACHON LUCAS, Carlos. Diccionario de la Administración Pública Colombiana. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá. 2006 Ibídem, Pág., 95

3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan su vigencia.

La jurisprudencia, ha entendido que una ordenanza sigue vigente mientras no haya sido declarada anulada o suspendida por la jurisdicción, es por ello que el Consejo de Estado, en su Sala de Servicio y Consulta Civil, indicó:

“La sala absuelve la consulta del Señor Ministro de Gobierno en los siguientes términos:

1. Las Ordenanzas que se hayan expedido por la Asamblea de Cundinamarca sobre régimen prestacional de los empleados del mismo Departamento, son de obligatorio cumplimiento según lo ordenado por el artículo 66 del Decreto Ley 01 de 1984 mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso Administrativo...”¹⁰

Frente al cumplimiento que se le deben dar a las Ordenanzas Departamentales, el Consejo de Estado en su Sección Cuarta, Magistrado Ponente Dr. Germán Ayala Mantilla en expediente No. 7985 el 13 de junio de 1997, expreso:

“En consecuencia, resulta obligado concluir que, en tanto que los actos administrativos no se encuentre anulados o suspendidos, dichos actos deben ser aplicados, vale decir, obedecidos tanto por los particulares como por la administración...”¹¹

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, DEL 25 DE JUNIO DE 1992, DR. Jaime Betancur Cuartas. Radicación No 451.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Magistrado Ponente Dr. Germán Ayala Mantilla en expediente No. 7985 el 13 de junio de 1997

En concepto del Consejo de Estado con respecto a la Ordenanza 13 de 1947, temas que llama la atención en este trabajo, la Sala de Consulta y servicio Civil señaló respecto a su constitucionalidad:

“...las normas expedidas por una autoridad competente conservan su vigencia hasta tanto la autoridad a la que le fue atribuida dicha competencia la ejerza y expida una nueva reglamentación...

...resulta claro, para esta Sala que respecto a la Ordenanza Departamental No. 13 de 1947, no es predicable ninguno de los dos fenómenos jurídicos a que se ha hecho alusión en el presente capítulo, en la medida en que materialmente, la consagración del incremento por antigüedad como factor salarial no está proscrito por la Carta, por el contrario, es el propio artículo 58 de la Constitución, el que protege los derechos adquiridos con arreglo a las leyes.”¹²

Así entonces, deducimos que una norma sigue vigente, siempre y cuando no sea declarada nula e inexecutable por la institución jurisdiccional correspondiente (el Tribunal Administrativo o el Consejo de Estado), o no sea modificada, derogada o sustituida por el órgano administrativo que expidió.

Por lo tanto, fuerza concluir que la ordenanza 13 de 1947, siguiendo los parámetros del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con la interpretación que al respecto a emitido la jurisprudencia, sigue vigente, pues no ha sido declarada inexecutable, no ha sido modificada, derogada, anulada, suspendida ni mucho menos sustituida, por el ente de control correspondiente, aclarando, que a luz del Acto Legislativo 1 de 1968 y la Constitución Política de 1991, la facultad que tenían las asambleas departamentales para regular el régimen prestacional de los empleados públicos a

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, DRA. Susana Montes de Echeverri, Septiembre 11 de 2003. Radicado 1.518

su cargo, quedó radicada en cabeza del Congreso de la Republica en función concurrente con el Gobierno Nacional, pero ello no indica que, que el Acto Administrativo, haya pedido su validez.

2.4. Inconstitucionalidad sobreviniente.

En tratándose de transito legislativo, sobre el cambio de competencia que ha sufrido el ordenamiento jurídico a la luz de la nueva constitución, se hace indispensable determinar, si todo el ordenamiento anterior a la entrada en vigencia de la carta del 91, le sobreviene el fenómeno jurídico de la inconstitucionalidad, por ello, se abordara el tema para señalar sus límites y alcances.

Es por ello, que en sentencia de Nulidad y Restablecimiento la Juez 24 Administrativo de Bogotá¹³ se manifestó al respecto, indicando sobre el transito legislativo anterior a la vigencia de la constitución de 1991 lo siguiente:

Ahora bien, como lo advierte el recurrente por el solo hecho de entrar en vigencia la Constitución de 1991, no se puede afirmar, prima facie, que ocurrió el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente de la Ordenanza No. 23 de 1959, porque el tránsito constitucional no conlleva forzosamente la derogación de todas las normas expedidas bajo la Constitución derogada. Este aserto se esgrime con fundamento en el artículo 9° de la Ley 153 de 1887, que fija el criterio hermenéutico a la entrada de una nueva Constitución:

“Artículo 9°. La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y

¹³ JUZGADO 24 ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C., Sección Segunda, Sentencia de 29 de enero de 2010. Radicado 2008-299.

que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente”

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

De lo anterior, surge una regla para la aplicación de las normas expedidas bajo una constitución derogada, cual es realizar un juicio de dichas normas frente a la Carta Constitucional gente, de manera que sí resulta claramente contraria a su letra o a su espíritu, según la ley, se entenderá derogada.

También, la misma corporación en sentencia C-014/93¹⁴, con ponencia del Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón, frente del tránsito legislativo en vigencia de la Constitución de 1886 y sus reformas, razonó:

“... tanto la Corte Suprema de Justicia como esta Corporación han tenido ya ocasión de expresar que el análisis debe realizarse conforme al ordenamiento constitucional vigente en el momento en que fueron conferidas las facultades, tal como se desprende de los pronunciamientos expresos sobre la materia que a continuación se transcribe:

... considera la Corporación que la valoración del ejercicio de una competencia, esto es, la definición acerca de si un órgano estatal obró o no de conformidad con las reglas que la fijan, debe hacerse necesariamente mediante el cotejo con los preceptos vigentes al tiempo en que se efectivizó, dado que por constituir éstos su fuente de validez son los que determinan la regulación de su ejercicio. Mal podrían enervarse los efectos de lo que en su momento estuvo correctamente ejercido desde el punto de vista de la competencia, por el solo hecho de que en un momento ulterior se produjere un cambio normativo, pues ello equivaldría a

¹⁴ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-014/93. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón. Sentencia del 21 de enero de 1993.

asignarle efectos retroactivos al nuevo ordenamiento respecto de actos con cuya emisión, dentro del término y con los demás requisitos exigidos por el antiguo, ya se había consumado o agotado el ejercicio de la competencia correspondiente.

Téngase en cuenta además, que la validez formal de la expedición de un acto, en la que queda incluido el elemento de la competencia de su actor, depende, de acuerdo con criterios de aceptación general en materia de aplicación de norma jurídica en el espacio y en el tiempo, de la ley vigente en el lugar o en el momento de su celebración, plasmada en los conocidos aforismos 'locus regit actum' y 'tempus regit actum'. En otras palabras, la nueva ley sobre competencia y forma regirá "ex nunc", no "ex tunc".

Así que en este preciso punto está lejos de tener cabida el fenómeno de la retroactividad de la nueva Constitución; al contrario, lo que sucede es que la de 1886 continúa proyectando efectos aún después de perder vigencia o aplicabilidad. Para el caso, los efectos de la norma de facultades se objetivan en los decretos de desarrollo, cuya supervivencia depende de aquella en tratándose de competencias y ritualidades"

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

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

2.5. Alf Ross.

Un filósofo importante que llama la atención en la presente monografía, por su pensamiento con respecto a la validez jurídica del ordenamiento, es Alf Ross¹⁵, quien considera, que el derecho debe ser cambiante, y que las normas dejadas de aplicar en el tiempo, deben desaparecer del ordenamiento jurídico, veamos a continuación su pensamiento:

“De acuerdo con esto, un orden jurídico nacional, considerado como sistema vigente de normas, puede ser definido como el conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece. El “test” de la vigencia es que sobre la base de esta hipótesis, esto es, aceptando el sistema de normas como un esquema de interpretación, podamos comprender las acciones del juez (las decisiones de los tribunales) como respuestas con sentido a condiciones dadas y, dentro de la misma manera que las normas del ajedrez nos capacitan para comprender las movidas de los jugadores como respuestas con sentido, y para predecirlas.

¹⁵ Filósofo del Derecho danés, formidable representante de la representación del Derecho vista desde un punto de vista realista y sociológica. Perteneció a la escuela empirista-emoivista de la filosofía del derecho. Visto desde el punto de vista de la clasificación de las Escuelas luspositivistas, como un monismo metodológico positivista, proyectado en la Escuela de Upsala (http://es.wikipedia.org/wiki/Alf_Ross consultada el 18 de octubre de 2011).

La acción del juez es una respuesta a un número de condiciones determinadas por las normas jurídicas: v.gr.: que se haya celebrado un contrato de venta, que el vendedor no haya entregado la cosa vendida, que el comprador se la haya reclamado oportunamente, etc. Estos hechos condicionantes adquieren también su específico significado de actos jurídicos a través de una interpretación efectuada a la luz de la ideología de las normas. Por esta razón ellos pueden ser denominados “fenómenos jurídicos” en sentido amplio, o “derecho en acción”

Sin embargo, solo los fenómenos jurídicos en sentido restringido –la aplicación de derecho por los tribunales- son decisivos para determinar la vigencia de las normas jurídicas. En contra de las generaciones aceptadas es necesario insistir en que el derecho suministra normas para el comportamiento de los tribunales, no de los particulares. Por lo tanto, para hallar los hechos que condicionan la vigencia de las normas debemos atender exclusivamente a la aplicación judicial del derecho, y no al derecho en acción entre individuos particulares.

Posición que no compartimos, al estimar que dicha tesis va en contravía y quebranta flagrantemente los principios estructurales de un Estado Social de Derecho, como a la igualdad, a la seguridad jurídica, a la condición más beneficiosa en materia de duda de las fuentes formales del derecho y al principio de favorabilidad, pues acorde a ello, siempre se protege al trabajador por ser la parte más débil en la relación laboral, tanto en el sector público como en el privado.

Ahora bien, ya analizada la constitucionalidad de la Ordenanza 13 de 1947 a la luz de la extinta carta de 1886 y de la actual, la de 1991, podemos concluir en este capítulo, que dicha norma jurídica de carácter departamental, por un lado sigue vigente, pues como se indagó, no ha sido suspendida ni tampoco anulada por el órgano competente de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, tampoco ha sido modificada, subrogada, ni derogada, por la asamblea departamental; por el

otro lado, no le sobreviene la denominada inconstitucionalidad, pues la asamblea cuando creó el instrumento jurídico contaba con la capacidad constitucional para hacerlo, de acuerdo a los Actos Legislativos 3 de 1910 y 1 de 1945, y conforme al estudio realizado frente a la Constitución del 91, el anterior tránsito legislativo sigue vigente, lo que indica como lo expresó la jurisprudencia que las normas jurídicas creadas en vigencia de la carta del 86 tiene efectos o irradian hacia el futuro.

Se hace ahora necesario establecer la naturaleza jurídica que contempla el Artículo 5 de la Ordenanza 13 del 47, para determinar el derecho que contempla el instrumento departamental, estudio que evacuaremos a continuación en el capítulo tres.

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL SOBRESUELDO CONTEMPLADO EN LA ORDENAZA 13 DE 1947.

Concluido en el capítulo que antecede que es el Gobierno el encargado de fijar los emolumentos salariales de los empleados públicos, la finalidad que perseguimos a continuación, es analizar la naturaleza jurídica que contempla el artículo 5° de la Ordenanza departamental, para posteriormente, establecer que se entiende por salario, asignación, emolumentos e incremento por antigüedad, para así determinar si el sobresueldo hace parte del factor prestacional de los empleados públicos del departamento de Cundinamarca.

3.1. Salario

El Doctrinante Jairo Villegas Arbeláez¹⁶, asciendo alusión al concepto que predica en el sector privado, señala, se entiende por salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios; lo que indica, que el salario es una prestación de carácter periódica.

La Corte Constitucional, ha manifestado respecto a salario como *“la remuneración mas inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador”*¹⁷,

El Código Sustantivo del Trabajo reza al respecto: *“constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en*

¹⁶ VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral, Santafé de Bogotá D.C., Cuarta Edición 2000, Legis Editores S.A, pág., 473.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia c-1195 de 2001

dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo5 en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones¹⁸”.

También el Decreto Ley 1042 de 1978 señaló otros factores que hacen parte del salario, indicando que aparte de la asignación mensual fijada para los cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, forman parte del salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. Siendo factores del salarios, los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto; los gastos de representación; la prima técnica; el auxilio de transporte; el auxilio de alimentación; la prima de servicio; la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.

3.1.1. Organización Internacional del Trabajo.

La Organización Internacional del Trabajo con el fin de proteger el derecho de los empleados tanto públicos como privados, ha indicado en su convenio 95, convenció aplicable en Colombia de acuerdo a los artículos 93 y 94 de la Constitución Política del 91 por el denominado principio del Bloque de Constitucional, que el salario término salario significa “la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo...¹⁹”.

¹⁸ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 127.

¹⁹ Convenio 95 de la OIT

De lo anterior se desprende, que salario es toda contraprestación y/o ganancia que se debe al empleado por la prestación de un servicio tanto en ámbito privado como en el público, no importando la denominación que tenga, por lo que en el presente caso, el sobresueldo del 20% contemplado en la ordenanza 13 de 1947, es salario y hace parte del factor prestacional de los empleados públicos.

3.2. Asignación

Tomando lo expresado por Villegas Arbeláez²⁰ en su libro de Derecho Administrativo, la asignación es solo predicable del empleo público, constituyendo éste uno de los factores salariales que corresponden al valor mensual básico señalado para el respectivo cargo o empleo, por el Gobierno Nacional de acuerdo a los parámetros estipulados por el Congreso de la República en la Ley 4 de 1992, y el Decreto Ley 1042 de 1978.

3.3. Incremento por antigüedad

Como su nombre lo indica, el incremento por antigüedad es un aumento en el sueldo que recibe el empleado público por la continua permanencia en el servicio o en el empleo público, y hace parte del sueldo, pues así lo entendió el Consejo de Estado al expresar que el incremento por antigüedad hace parte del salario, tras señalar:

²⁰ VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral, Santafé de Bogotá D.C., Cuarta Edición 2000, Legis Editores S.A, pág., 474.

“...En resumen, tanto la ley como la jurisprudencia y la doctrina, han considerado siempre como salario la prima de antigüedad.

Dicha prima de antigüedad es un incremento salarial que se origina en la permanencia del empleado en el servicio y gracias a ella la remuneración mensual se aumenta de acuerdo a los porcentajes establecidos, según el tiempo de esa permanencia.

Para establecer escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos, y por ende incrementos a la remuneración, no necesitaba la Asamblea autorización legal, pues era la propia Constitucional en el ordinal 5o. del artículo 187, la que la facultaba para hacerlo²¹.”

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

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

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente Clara Forero de Castro. Sentencia No. 4321 del 25 de marzo de 1992.

contempló el Código Sustantivo de Trabajo al estipular que el salario no es solo la remuneración ordinaria y periódica sino también las primas, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario, y los sobresueldos, por ende, este emolumento representa un incremento mensual que se debe reconocer y hacer parte de los ingresos al servidor del Estado, y en el caso que nos ocupa a los docentes.

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

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

4. CONDICIONES Y BENEFICIOS LABORALES QUE CONTEMPLA EL DECRETO 2277 de 1979 QUE ADOPTAN NORMAS SOBRE EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DOCENTE.

Señalado, que a la Ordenanza 13 de 1947 no le es predicable la llamada inconstitucionalidad sobreviniente, por lo que en la hora actual es aplicable, y analizada su naturaleza jurídica, concluyendo que hace parte del salario de los empleados públicos, ahora se requiere examinar si también dicho sobresueldo es dado reconocer a los docentes, teniendo en cuenta que ellos hacen parte del régimen especial contemplado en el Decreto 2277 de 1979, lo anterior no sin antes traer a colación unos ítems que ayudaran a resolver la dificultad que al respecto existe.

4.1. Régimen especial de la Carrera Docente estipulado en el Decreto 2277 de 1979.

El Decreto 2277 del 79, creó y estipuló el ejercicio de la carrera docente, constituyéndose éste, en el régimen especial para regular las condiciones, el ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de la carrera, lo que indica, que a la luz de la constitución el régimen docente tiene un carácter especial en la ley, y por tanto, debe estipular todos los aspectos de dicho régimen, entre los cuales se encuentra el de establecer las condiciones salariales de los educadores, pues así lo definió los artículos 1° y 26° ibídem, que establecen:

Artículo 1. El presente decreto establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que

integran el sistema educativo nacional, excepto el nivel superior que se regirá por normas especiales.

Artículo 26. La carrera docente es el régimen legal que ampara el ejercicio de la profesión docente en el sector oficial, garantiza la estabilidad de dichos educadores en el empleo, les otorga el derecho a la profesionalización, actualización y capacitación permanentes, establece el número de grados del escalafón docente y regula las condiciones de inscripción, ascenso y permanencia dentro del mismo, así como la promoción a los cargos directivos de carácter docente.

En ese entendido, queda claro que los docentes oficiales cuentan con un régimen especial, que es el señalado en el Decreto en mención, el cual contiene las garantías aplicables a los educadores, y por lo cual es la guía que debe seguir el juez o el operador jurídico cuando encuentre duda en la aplicación de normas a los docentes.

4.2. Docentes que hacen parte del régimen especial de la carrera docente.

Teniendo en cuenta lo anterior, ahora se hace indispensable determinar quienes hacen parte del régimen especial de la carrera docente, es decir, cual es el ámbito de aplicación para dicho sector, por ello, y de acuerdo al Decreto 2277²² en concordancia con la Ley 812 de 2003, el régimen especial solo aplica a los educadores oficiales que estén inscritos en el Escalafón Docente, sean designados para un cargo docente en propiedad y tomen posesión del mismo, siendo su ámbito de aplicación, todos aquellos que ingresaron a la carrera docente

²² ARTICULO 27. INGRESO A LA CARRERA. Gozarán de los derechos y garantías de la Carrera Docente los educadores oficiales que estén inscritos en el Escalafón Docente, sean designados para un cargo docente en propiedad y tomen posesión del mismo.

antes del 27 de junio de 2003, fecha en la cual entra en vigencia la ley 812, y que señala en su 81 ibídem, que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, pues los que se vinculen a partir de la entra en vigencia de dicha norma, será el decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002.

El Acto Legislativo 1° de 2005, por su parte también señaló y reiteró lo hasta que el momento se ha dicho, indicando que el régimen especial de la carrea docente al servicio público educativo es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta; y los docentes vinculados o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, solo tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Es por lo anterior, que hay que tener en cuenta, que el régimen especial de la carrera docente se encuentra dividido en dos momentos o en dos épocas, en primer momento, los docentes que ingresaron al sector oficial antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, ya que estos hacen parte del régimen especial de la carrera docente, y en segundo lugar, los que entraron con posterioridad, pues a estos, les aplica el régimen de la Ley 100 en concordancia con el Decreto 1278 de 2002, lo que indica que dicho régimen con el tiempo se va a extinguir hasta que el último docente que ingresó al magisterio antes del 27 de junio de 2003, se retire del servicio.

Entonces, hacen parte del régimen especial de la carrera docente, todos los docentes nacionales, nacionalizados que hayan entrado al servicio público antes del 27 de junio de 2003, sector que le es aplicable el Decreto 2277 de 1979.

4.3. Vacío normativo contemplado en el Decreto 2277 de 1979, en cuanto a beneficios laborales para los docentes.

Establecidas algunas características del régimen especial de la carrera docente, e indicando que docentes del sector público le es aplicable, observamos que al hacer una breve lectura la Decreto del año 1979, se pudo constatar que en él, el Gobierno Nacional, no reguló ni estipuló nada con respecto a las condiciones salariales y beneficios laborales para los docentes que hacen parte del régimen especial de la carrera docente, lo que indica que el ordenamiento jurídico, y en específico en el Decreto 2277, existe o se vislumbra un vacío normativo en cuanto cuales son las garantías salariales para dichos empleados, o mejor proverbio, cuales son las fuentes formales del derecho en las cuales se puede apoyar el operador jurídico y la administración pública, para establecer la situación de carácter salarial de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales del país.

Observando lo anterior, y examinando el fenómeno jurídico en la Ley, es necesario acudir al ordenamiento constitucional para subsumir, el vacío normativo que al respecto existe, analizando los principios que regulan el sistema laboral en Colombia, por ello, como más adelante se evidenciará tomaremos como referente los principios fundamentales aplicables a las relaciones laborales para determinar el camino a seguir cuando observamos el fenómeno jurídico que contempla el Decreto 2277.

4.4. Principio de favorabilidad.

Frente a éste tema, podemos entender por primacía de la realidad sobre las formalidades, según lo establece el Dr. Villegas²³, que la favorabilidad tiene una doble connotación, pues pueda que en la práctica laboral sean admitidas dos interpretaciones, o la existencia de dos o más normas de distinto origen formal, aplicando la interpretación y/o la norma más favorable al trabajador en caso de duda.

El autor, en el estudio de principio de favorabilidad, trajo consigo el concepto emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que en sentencia del 2 de septiembre de 1992, indica:

“Frente al principio de favorabilidad en la interpretación consagrado por el artículo 53 de la Constitución Política, este mandamiento no debe entenderse como si hacia el futuro los jueces del trabajo en todos los casos estén obligados a aceptar como interpretación correcta de una norma la que proponga el trabajador, sea que actúe como demandado o que lo haga como demandado, pues, por obvias razones, se supone que siempre auspiciará aquella exégesis que se muestre más favorable a sus intereses, Este no es el sentido del precepto constitucional.

Lo que debe entenderse que habrá de desarrollar el estatuto del trabajo es el principio que obligará al juez a acoger entre dos o más interpretaciones de la fuente formal de derecho de que se trate, la más favorable al trabajador, pero siempre que la disparidad de interpretaciones resulte de la comprensión que el mismo fallador considere posible al aplicar las reglas generales de hermenéutica jurídica y las específicas o propias del derecho laboral. En consecuencia, la que deberá resolverse de manera que produzca los efectos más favorables al trabajador será aquella duda respecto de entendimiento o inteligencia de la norma jurídica que resulte de las diferentes interpretaciones que el juzgador encuentre lógicamente posibles y razonablemente aplicable al caso, pero no la que, para un propósito

²³ VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral, Santafé de Bogotá D.C., Cuarta Edición 2000, Legis Editores S.A, pág., 13.

determinado, se le pueda presentar a alguna de las partes comprometidas o a los interesados en el resultado del procesos”.²⁴

De acuerdo a ello, y a la luz de la Constitución Política de 1991, podemos afirmar que en caso de existir vaguedad en la interpretación de las fuentes formales del derecho, el operador jurídico y en el presente caso, la administración, debe aplicar la más favorable al trabajador, pues esto obedece a la finalidad que persigue el Estado de proteger al trabajador por la condición de indefensión en que se encuentra con respecto al empleador, también se podría decir a concepto propia, que se protege dicho principio pues como garantía de la fuerza que utiliza el empleado para desarrollar las actividades que le son encomendadas.

4.5. Principio del no menoscabo de derechos o condición más beneficiosa.

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

Conforme a lo esbozado en este capítulo, afirmamos, que los docentes que hacen parte del régimen especial es decir el contemplado en el Decreto 2277 de 1979, cuentan en la actualidad con un vacío jurídico en la aplicación de acreencias

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 4 de septiembre de 1992, M.P., Hugo Suescún Pujols.

laborales, pues éste no indicó específicamente los beneficios ni las condiciones salariales que le son aplicables, lo que hace necesario acudir a las fuentes formales del derecho que regulan aspectos laborales para los empleados públicos en general, por ello, concluimos que de acuerdo al principio de favorabilidad, a los docentes le son aplicables situaciones jurídicas salariales más beneficiosas a las que poseen, ello a la interpretación constitucional que se ha realizado.

Entonces, en el caso objeto de estudio, a los docentes que hacen parte o trabajan al servicio del Departamento de Cundinamarca, aun perteneciendo al régimen especial de la carrera docente, se les debe reconocer y pagar tan pronto cumplan con los requisitos que señala la Ordenanza 13 de 1947, el sobresueldo del 20%, ya que como quiera que el Decreto 2277 no estipulo ni señalo nada referente a los aspectos salariales de dichos servidores públicos, acudiendo a los principios de favorabilidad y condiciones más beneficiosa conforme al estudio que se realizó en páginas anteriores, es procedente reconocer dicha acreencia laboral por antigüedad, pues es una forma de contribución económica a efectos de agradecer la permanecía en el ente territorial, mejorando la calidad de vida del empleado.

5. CAPITULO V PRONUNCIAMIENTOS POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA Y CONSTITUCIONAL.

A fin de ilustrar, lo que ha acontecido en la jurisdicción contenciosa administrativa respecto al tema de análisis, a continuación haremos referencia a los conceptos jurisprudenciales adoptados por el Consejo de Estado, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y los Juzgados Contenciosos Administrativos en su Sección Segunda, ello, con el propósito de establecer la posición de la Sección.

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

5.1. Jurisprudencia que predica la inconstitucionalidad sobreviniente.

Ahora bien, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la Sección Segunda, Subsección "C", siendo Magistrado ponente Ilvar Nelson Arévalo Perico, después

de hacer un recuento histórico de la competencia de las asambleas para fijar la escalara salarial de los servidores públicos, señalo: que conforme al artículo 76 del a Constitución Política de 1886, a las entidades territoriales no le era permitido el reconocimiento de emolumentos salariales, incrementos y en general prestaciones sociales creadas mediante acuerdos, ordenanzas o decretos departamentales. También expresa que aunque la ordenanza no haya sido declarada nula o derogada expresamente, no es vinculante, ni tampoco se debe contrariar la Constitución y la Ley, no siendo factible hablar de derechos adquiridos debiéndose proteger por el Estado o por las decisiones judiciales, ya que los derechos adquiridos hacen referencia a los que han sido acusados, consolidados y que han ingresado al patrimonio de la persona en virtud de disposición normativa, por lo que la Sala encontró improcedente acceder a su reconocimiento²⁵.

En otro caso similar, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en su Sección Segunda, Subsección “A” con ponencia de la Dra., Carmen Alicia Rengifo, en estudio del aumento a que hace referencia en el artículo 5 de la Ordenanza departamental 13 del 47, indica que no es viable su reconocimiento tras señalar que no solamente con la expedición de la Constitución Política de 1991 desapareció el reconocimiento de los emolumentos salariales y prestaciones sociales emanadas por acuerdos u ordenanzas por parte de los Departamentos, sino que desde la misma Constitución de 1886, reformada por el Acto Legislativo 01 de 1968, ya estaba fijada la facultad para el Congreso de la República como legislador ordinario de determinar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, haciendo la aclaración que el Presidente de la República a través de la ley 43 de 1975 se le otorgó la facultad por un término reducido de 12 meses para que fijara el régimen salarial y prestacional del personal docente, pero en ningún momento se indicó que fuera para personal del orden territorial.

²⁵ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sección Segunda, Subsección “C”, M.P. Ilvar Nelson Arévalo Perico, Sentencia de 14 de julio de 2011, Expediente 2008-0274.

Entonces es claro el porqué de la negativa para el reconocimiento del sobresueldo del 20% para el personal docente siendo el que tiene la facultad para declarar dichos sueldos es el Congreso de la Republica, luego no existe lugar a reconocimiento alguno por parte del Departamento de Cundinamarca para el personal docente de dicho ente territorial.

Se hace la aclaración por parte del Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca que el ordenamiento jurídico colombiano funciona de manera concatenada y no de manera abierta, como se plantea al momento de revisar solamente en su integridad la Ordenanza 13 de 1947, luego debemos remitirnos a que las normas en el Estado se integran sistemáticamente teniendo en lo más alto a la Constitución Política, por ende no puede existir, para el caso que nos ocupa, una ley que vaya más allá de los principios generadores de derecho, porque se estaría desnaturalizando el derecho y estaríamos viajando en el tiempo para regresarnos a un Estado de naturaleza, olvidándonos del artículo 2 de la Carta Política como un Estado Social de Derecho en el cual cualquier norma que vaya en contra de la gran norma, esta será incompatible y por ende se aplicará la que está en la cúspide de las leyes la Constitución Política²⁶.

El Consejo de Estado en sentencia del 17 de febrero de 2011 con Ponencia de la Dra. Bertha Lucia Ramírez²⁷, se manifestó al respecto en la que preciso que las Corporaciones Públicas territoriales carecen de competencia para fijar los emolumentos de los empleados públicos del nivel territorial, luego dicha atribución le corresponde al Congreso de la República según lo establecido en el artículo 150 de la Carta Política que para tal efecto se venía proponiendo desde la Constitución

²⁶ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sección Segunda, Subsección "A", M.P. Carmen Alicia Rengifo Sanguino, Sentencia de 30 de junio de 2011, Expediente 2007-0371.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", M.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez, Sentencia de 17 de febrero de 2011, Expediente 2006-6618.

de 1886 en su artículo 76 y que posteriormente con la ley 4 de 1992 se fijaron directamente dichas facultades en cuanto al régimen salarial y de prestaciones.

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

Posteriormente con el decreto 1919 de 2002, reguló el régimen salarial de los empleados públicos del nivel territorial en el cual se le asignó la competencia al Gobierno Nacional en todos sus aspectos, a nivel nacional, territorial y local, para lo cual se desconoció la facultad para las Corporaciones Públicas Territoriales; entonces queda claro, que el único facultado para determinar el régimen salarial de los empleados públicos del nivel territorial según las atribuciones que le brinda la Constitución política de 1991 es el Gobierno en cabeza del legislador ordinario que es el Congreso de la República.

Aclaró que para el año 1945 con el Acto Legislativo 01 en su artículo 186, recordó que una de las muchas atribuciones del Congreso era la delegar funciones a las Asambleas Departamentales, para lo cual se remitieron al Acto Legislativo No 3 de 1910 que en materia funcional daba la facultad para que las mismas fijaran el número de sus empleados, como también los sueldos y las prestaciones, entonces, para ese tiempo se dejó atribuida dicha facultad a las Asambleas; pero posteriormente para el año de 1968 con el acto legislativo No 1 se dejó en firme que el ente encargado de fijar los sueldos y el número de funcionarios que tendría una Asamblea Departamental sería el Congreso de la República, que hasta el día de hoy se viene implementando de esta manera. De lo analizado se puede concluir que para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las Corporaciones Públicas Territoriales, el ente encargado es el Gobierno Nacional, en cabeza del Congreso de la República, todo esto, fijado dentro del marco normativo nacional vigente.

En síntesis, como se señaló en la jurisprudencia, se evidencia que la posición jurisprudencial de la mayoría de los Magistrados del Tribunal Administrativo Cundinamarca y del Consejo de Estado, se dirige a indicar que la Ordenanza 13 de 1947, no se encuentra vigente porque le sobreviene la inconstitucionalidad, pues manifiestan, que hoy en día, a la luz de la Constitución Política de 1991, es el Congreso el órgano constitucional facultado para determinar los objetivos y criterios que tendrá en cuenta el Gobierno Nacional para la fijación de la escala salarial de los empleados públicos.

5.2. Jurisprudencia que reconoce efectos a Ordenanzas departamentales creadas en vigencia de la Constitución de 1886.

En un caso de reconocimiento del 20% de sobresueldo pero para empleados del Departamento de Boyacá, el Consejo de Estado con Ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren señaló que la Sala no encuentra ninguna norma expedida por el Congreso Nacional o por el Gobierno respecto a los incrementos salariales por antigüedad para los empleados territoriales ni para los educadores del mismo orden, con posterioridad al Acto Legislativo No. 1 de 1968, a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y a la Ley 4ª de 1992, a diferencia de lo ocurrido con los empleados del orden nacional, pues dicho beneficio para ellos sí desapareció, de conformidad con el artículo 49 del Decreto 1042 de 1978, en concordancia con el Decreto 540 de 1977.

Tampoco encontró la Sala ninguna disposición que permita inferir que el pago de los incrementos por antigüedad para los empleados o docentes territoriales, quedaron excluidos o proscritos a la luz de la Constitución Política de 1991.

Por lo que concluye, que el derecho estipulado en la Ordenanza No. 23 de 1959, para los docentes del Departamento de Boyacá que cuentan con 20 años de

servicios, sin edad para pensionarse, aún cuenta con plena validez y eficacia, porque: I) El autor de la Ordenanza tenía atribuciones para fijar los salarios de los empleados territoriales. II) Contra la Ordenanza No. 48 de 1995, que derogó la Ordenanza No. 23 de 1959, se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad, porque la Asamblea Departamental para el año de 1995, ya no tenía competencia para modificar el régimen salarial de los empleados departamentales. III) Las actuales disposiciones constitucionales no riñen con el reconocimiento y pago de los incrementos salariales por antigüedad para los empleados territoriales ni para los educadores del mismo orden, y IV) Porque las autoridades competentes para fijar el régimen salarial después del Acto Legislativo No. 1 de 1968, de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y de la Ley 4ª de 1992, no han reglamentado, modificado o derogado el mismo elemento salarial, reconocido por el artículo 20 de la Ordenanza Departamental de Boyacá No. 23 de 1959²⁸.

Es por lo anterior, que el Consejo de Estado revocó el fallo de primera instancia, para en su lugar acceder a la suplicas de la demanda, reconociendo el pago de un 20% de sobresueldo para un empleado del Departamento de Boyacá.

De otro lado, en sentencia del 14 de abril de 2011 con ponencia del Doctor Luis Alberto Álvarez Parra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, manifestó:

“Bajo esta consideraciones, esta sala acoge la posición planteada por la subsección “A” de la Sección Segunda del Alto Tribunal, la cual considera que la ordenanza 13 de 1947 proferida por la Asamblea de Cundinamarca continua vigente hasta tanto no sea derogada por la corporación administrativa que la

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia de 10 de julio de 2008, Expediente 2002-2573.

profirió o se produzca algún fenómeno de extinción de los efectos de los actos administrativos para derivar su inaplicación.

Ahora bien, después de haberse confrontado la ordenanza 13 de 1947 con los preceptos de competencia vigentes al tiempo de su expedición, queda por analizar si las demás disposiciones constitucionales actuales riñen o no con el reconocimiento y pago de los incrementos salariales por antigüedad para los empleados territoriales; y al respecto encuentra la sala que frente a la constitución de 1991, no existe ninguna disposición que contraríe el reconocimiento y pago de los incrementos pro antigüedad para los empleados territoriales, para pensar que quedaron excluidos o proscritos. Se concluye, por tanto, que la ordenanza 13 de 1947 está vigente y se debe seguir reconociendo dicho sobresueldo, mientras no sea derogada por la corporación administrativa que la profirió o se produzca algún fenómeno de extinción de los efectos de los actos administrativos”²⁹.

En este caso, el Tribunal no reconoció del Derecho contemplado en la Ordenanza 13 de 1947, porque consideró que el servidor público no cumplía con los requisitos allí estipulados.

Finalmente encontramos, un pronunciamiento del Juez 11 Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, en el que manifiesta que la Ordenanza 13 de 1947 se encuentra vigente y por tal razón se debe aplicar a los empleados del Departamento de Cundinamarca que cumpla con los requisitos, pero expresa, que dicha acreencia salarial no debe ser reconocida a los docentes que laboran para el Departamento de Cundinamarca, pues ellos hacen parte de un régimen especial, que es el contenido en el Decreto 2277 de 1979, señalando:

²⁹ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sección Segunda, Subsección D, Sentencia del 14 de abril de 2011. Magistrado Ponente Luis Alberto Álvarez Parra.

: "...se encuentra probado que la demandante es docente nombrada en propiedad (Folio 26 del C2), razón por la cual es beneficiaria del régimen especial que cobija el ejercicio de la profesión docente, sin que tenga derecho a beneficiarse tanto del régimen propio del sector educación, como del régimen los funcionarios de la entidad territorial demandada.

En efecto, mediante Decreto 2277 de 1979, el Gobierno Nacional estableció las normas para el ejercicio de la profesión docente, como la definición y reglamento de la carrera docente así:

ARTÍCULO 26. DEFINICIÓN. La Carrera Docente es el régimen legal que ampara el ejercicio de la **profesión docente en el sector oficial**, garantiza la estabilidad de dichos educadores en el empleo, les otorga el derecho a la profesionalización, actualización y capacitación permanentes, establece el número de grados del escalafón docente y regula las condiciones de inscripción, ascenso y permanencia dentro del mismo, así como la promoción a los cargos directivos de carácter docente.

ARTICULO 27. INGRESO A LA CARRERA. Gozarán de los derechos y garantías de la Carrera Docente los educadores oficiales que estén **inscritos en el Escalafón Docente**, sean designados para un cargo **docente en propiedad** y tomen posesión del mismo (...)

El Decreto 2277 de 1979 derogó el anterior estatuto docente contenido en el Decreto 128 de 1977, Decreto que pone de presente que de antaño el ejercicio de la profesión docente ha sido reglamentado en forma especial y sujeta a las normas propias.

En consecuencia, por ser la demandante docente, no tiene derecho a reclamar el sobresueldo establecido en el artículo 5 de la Ordenanza 13 de 1947, razón por la

cual se encuentra que lo procedente es negar las pretensiones de la demanda”³⁰
(subrayado del texto).

En las anteriores sentencias, como se observó, la administración reconoce efectos a las ordenanzas expedidas con anterioridad a la Constitución pues funda en síntesis su decisión, que para la época en que fueron creadas, el órgano que la expidió contaba con la facultad constitucional para hacerlo.

Se evidencia notablemente que en nuestra Jurisdicción Contenciosa Administrativa, no hay unificación de criterio frente a casos similares y con respecto al tema objeto de investigación, asemejando ello a la violación de los principios fundamentales a la igualdad y la seguridad jurídica, pues un sector de administración de justicia, señala que las normas creadoras de emolumentos salariales por parte de los entes territoriales, a la luz de la Constitución Política de 1991 le sobreviene el denominado fenómeno jurídico de la inconstitucional; y otro lado de la jurisprudencia, expresa que las Ordenanzas creadas por el órgano territorial, son aplicables siempre y cuando hayan sido expedidas cuando estos entes contaban con la facultad legal y Constitucional para hacerlo, y hoy no le es adaptable la excepción de inconstitucionalidad porque dichas normas no están proscritas por la actual Constitución.

Un sector muy pequeño de la Jurisdicción, manifiesta, que aun siguiendo vigente la Ordenanza 13 de 1947, ésta no es aplicable a lo docente, ya que estos hacen parte del régimen especial contemplado en el Decreto 2277 de 1979.

³⁰ Juzgado 11 Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, Sentencia dentro del 31 de mayo de 2011. Expediente 2010 - 243.

CONCLUSIONES

1. Concluimos con certeza, que de acuerdo a lo observado a través del anterior trabajo, la Ordenanza 13 de 1947 expedida por la Asamblea del Departamento de Cundinamarca que en su artículo 5° contempla un sobresueldo del 20% para los empleados y obreros, también es aplicable a los docentes que laboran para el ente territorial aun así pertenezcan al régimen especial contemplado en el Decreto 2277 de 1979, ya que éste no dijo ni expreso nada al respecto sobre cuáles son los beneficios y acreencias salariales que se le deben garantizar a los docente, por lo que en la hora actual y al existir un vacío en la legislación especial, debemos acudir a las normas que regulan acreencias laborales de los demás empleados del departamento, atendiendo gran prevalencia a los principios de favorabilidad y condición más beneficiosa, para finiquitar expresando que por vía de interpretación es viable reconocer y pagar el aumento por antigüedad de que trata la ordenanza departamental, para garantizar los derechos laborales de los servidores públicos.
2. Quedó comprobado, que hoy en día a la luz de la Constitución Política 1991 el órgano competente para crear, regular y modificar la escala salarial de los empleados públicos es el Congreso en función concurrente con el Gobierno Nacional, ya que los primeros son los que crean las reglas o pautas generales que debe tener en cuenta la Administración para regular los salarios de los empleados públicos, sin que esta facultad signifique que toda la legislación anterior haya quedado proscrita.

3. También se probó, que la Asamblea del Departamento de Cundinamarca, cuando creó la Ordenanza 13 de año 1947, contaba con la facultad constitucional para hacerlo, pues para la época, estaban vigentes los Actos Legislativos Nos. 3 de 1910 y 1 de 1945, los cuales habían asignado la función legislativa de regular el régimen salarial de los servidores públicos en las Asambleas Departamentales.
4. Que la Ordenanza 13 de 1947 expedida por la Asamblea del Departamento de Cundinamarca, sigue vigente, ya que ésta no ha sido declarada nula e inexecutable por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ni tampoco ha sido modificada, derogada o sustituida por el órgano administrativo que la expidió.
5. Igualmente observamos, que a dicha ordenanza no le sobreviene la denominada inconstitucionalidad, pues esta norma, no quedó excluida por la actual constitución, lo que hace que tenga efectos jurídicos hacia el futuro, y por ende se debe aplicar a los servidores públicos que cumplan con los requisitos para que le reconozcan el aumento por antigüedad.
6. Se concluyó, que el sobresueldo del 20% que contempla la Ordenanza para empleados y obreros del Departamento de Cundinamarca, es de naturaleza netamente salarial, siendo ésta una prestación que debe ser de forma periódica, y que hace parte de los ingresos del servidor público.
7. También queda claro, que en la actualidad, lamentablemente en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, no hay un criterio unificado sobre la aplicación de la Ordenanza 13 de 1947, pues la mayoría de los jueces consideran que la norma en comento es inconstitucional, y otro sector que es muy pequeño, considera que la ordenanza está vigente y por ende se le debe dar aplicabilidad reconociendo efectos jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

Gaceta de Cundinamarca N° 6844 de 27 de junio de 1947.

Diario Oficial No 25.769, del 17 de febrero de 1945.

Diario Oficial No. 32.673 del 17 de diciembre de 1968.

Gaceta Constitucional No 127 del 10 de octubre de 1991.

Diario Oficial No. 41.094, del 28 de octubre de 1993.

Diario Oficial No. 40.451, de 18 de mayo de 1992.

Diario Oficial No 39.124 de 29 de diciembre de 1989.

Diario Oficial No. 36.439, del 10 de enero de 1984.

Diario Oficial No. 41.214, de 8 de febrero de 1994.

Diario Oficial No. 35.035, de 6 de julio de 1978.

JUZGADO 11 ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sección Segunda, Sentencia del 31 de mayo de 2011 dentro del proceso radicado. 243 – 2010.

JUZGADO 24 ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C., Sección Segunda, Sentencia de 29 de enero de 2010. Radicado 2008-299.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1518 del 11 de septiembre de 2003 Consejera Ponente: Susana Montes de Echeverri.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 25 de junio de 1992, Consejero Ponente. Jaime Betancur Cuartas. Radicación No 451.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta, Magistrado Ponente Dr. Germán Ayala Mantilla en expediente No. 7985 el 13 de junio de 1997.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Consejera Ponente Clara Forero de Castro. Sentencia No. 4321 del 25 de marzo de 1992.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", M.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez, Sentencia de 17 de febrero de 2011, Expediente 2006-6618.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia de 10 de julio de 2008, Expediente 2002-2573.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 4 de septiembre de 1992, M.P., Hugo Suescún Pujols.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sección Segunda, Subsección "C", M.P. Ilvar Nelson Arévalo Perico, Sentencia de 14 de julio de 2011, Expediente 2008-0274.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sección Segunda, Subsección "A", M.P. Carmen Alicia Rengifo Sanguino, Sentencia de 30 de junio de 2011, Expediente 2007-0371.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sección Segunda, Subsección D, Sentencia del 14 de abril de 2011. Magistrado Ponente Luis Alberto Álvarez Parra.

PACHON LUCAS, Carlos. Diccionario de la Administración Pública Colombiana. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá. 2006 Ibídem, Pág., 95.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-014/93. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón. Sentencia del 21 de enero de 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-1195 de 2001

<http://es.wikipedia.org/wiki/Ordenanza> - Consultada el 10 de julio de 2011.

http://es.wikipedia.org/wiki/Alf_Ross consultada el 18 de octubre de 2011.

VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral, Santafé de Bogotá D.C., Cuarta Edición 2000, Legis Editores S.A.

SANDOVAL RUIZ Claudia Rocío, Departamento de Cundinamarca, Secretaria de Educación, oficio número 025333 de 5 de abril de 2010, Bogotá D.C.

Código Sustantivo del Trabajo, artículo 127.

Convenio 95 de la OIT.