

136

Bogotá D.C., 6 de noviembre de 2002

No. 010. 2002

OJ110

PARA: Dr. Javier Alberto Patiño Duque
GERENTE SECCIONAL VII (e)

DE: Juan Fernando Romero Tobón
DIRECTOR OFICINA JURIDICA

REFERENCIA: NUR 219-3-12099/455/03
Consulta sobre salario y prestaciones del
Contralor y Subcontralor del Departamento de
Caldas.

Apreciado doctor,

He recibido su memorando de fecha 17 de octubre del año en curso, en el cual se inquiriere acerca de la competencia para la fijar el régimen salarial y prestacional a nivel territorial. Tal pregunta da lugar a otra serie de cuestionamientos, los cuales se enuncian al final de su misiva. Previo a efectuar el análisis sobre el particular, esta dependencia aclara que el concepto que rinde no tiene la capacidad de entrar a particularizar respecto de las situaciones descritas pues ello desborda su competencia. La misma llega, exclusivamente, a absolver la inquietud extrayendo los rasgos de generalidad que ella contiene tal y como, acto seguido se pasa a realizar¹.

1. Como es bien sabido, a nivel mundial se fue abriendo paso la necesidad de regular ciertas materias con el concurso del Legislador y el Ejecutivo, este último en función creadora de normas y no la típicamente reglamentaria. Las legislaciones que se ocupan de estas temáticas se limitan a diseñar normas generales y establecer objetivos y criterios para que el Ejecutivo las desarrolle. Uno de los motivos que da origen a esta clase de normatividad es la mutabilidad y variabilidad a que están sujetos los hechos regulados. A partir de 1968, nuestro proceso constitucional adoptó ese esquema dinámico de regulación compleja y, tal y como lo ha reconocido la Corte Constitucional, uno de los cambios

¹ Se toma como base el documento elaborado en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre salarios, elaborado en 2000.

concepto 110. 010. 2002

fundamentales ocurrido en 1991 consistió en la redefinición de las atribuciones del Legislativo y del Ejecutivo en diversas materias, entre ellas, la profundización de los temas susceptibles de ese tipo de regulación. En el específico tema de la regulación salarial un simple cotejo permite dilucidar esta afirmación.

La Constitución de 1886 y sus reformas, establecía, como competencia definitiva de la ley (en su sentido material, inclusive la habilitación al Presidente para legislar), lo siguiente:

Artículo 76. – 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 prestaciones sociales. (Se resalta)

Las atribuciones correlativas a esta función, en cabeza del Ejecutivo, no eran otras que la genérica de reglamentación de la ley (artículo 120 numeral 3º) y la creación, supresión y fusión de empleos que demande el servicio de las entidades estatales (ib., numeral 21).

A su vez, el Congreso de la República era competente para:

22. Dictar las normas generales a las cuales debe someterse el Gobierno Nacional para los siguientes efectos: organizar el crédito público, reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; regular el cambio internacional y el comercio exterior; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas.

Sin embargo y según se advirtió, en 1991 fue expresa la decisión del Constituyente de ampliar las materias que admitían un tipo de regulación como ésta. Así, la Constitución Política incluyó de manera inequívoca aspectos nuevos como los relacionados con la actividad financiera y el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. En efecto, en el artículo pertinente se determinó:

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:[...]

d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;

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

En relación con este punto, la Corte Constitucional, al revisar las objeciones del Proyecto de Ley 50/96(C) 248/97(S) "[p]or el cual se modifica parcialmente la Ley 5 de 1992 y las Ley 186 de 1995, artículos 2, 3 y 4", expuso:

En efecto, lo propio del sistema constitucional en cuanto al reparto de competencias en los asuntos previstos por el artículo 150, numeral 19, de la Constitución, es la existencia de una normalidad compartida entre los órganos legislativo y ejecutivo, de tal modo que en su primera fase se establezcan reglas o pautas caracterizadas por su amplitud y con una menor mutabilidad o flexibilidad, mientras que en la segunda, dentro de tales orientaciones, se especifiquen y concreten las medidas que gobiernen, según las circunstancias y necesidades, y con gran elasticidad, la respectiva materia.

Si el Congreso, en tales temas, deja de lado su función rectora y general para entrar de lleno a establecer aquellas normas que debería plasmar el Ejecutivo con la ya anotada flexibilidad, de manera que no quede para la actuación administrativa campo alguno, en razón de haberse ocupado ya por el precepto legal, invade un ámbito que no le es propio -el del Presidente de la República- y, por tanto, vulnera no sólo el artículo 150, numeral 19, de la Constitución sino el 113, a cuyo tenor los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pese a la colaboración armónica entre ellos, que se orienta a la realización de los fines de aquél. Además, al dejar el campo de fijación de pautas generales para ingresar en forma total en el de su desarrollo específico, el Congreso infringe la prohibición contemplada en el artículo 136, numeral 1, de la Constitución Política: "Inmiscuirse, por medio de resoluciones o de leyes, en asuntos de competencia privativa de otras autoridades."² (Se resalta)

² CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-196 del 13 mayo de 1998, M.P. José Gregorio Hernández.

Posteriormente, la misma Corporación en la sentencia C-312 de 25 de junio de 1997, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, manifestó:

La figura de las leyes marco o cuadro - que fue tomada y adaptada del derecho francés - fue introducida en el ordenamiento constitucional colombiano a través de la reforma de 1968. Las leyes cuadro implican un nuevo tipo de relación entre el Legislativo y Ejecutivo: las leyes ordinarias deben ser simplemente acatadas y ejecutadas por el Gobierno - el cual solamente tiene potestad para reglamentar su mejor puesta en vigor, a través de los decretos reglamentarios -, mientras que en el caso de las leyes marco el Ejecutivo colabora activamente con el Legislativo en la regulación de las materias que deben ser tramitadas a través de esta clase de leyes. Así, en tanto que el Congreso se limita a fijar las pautas generales, las directrices que deben guiar la ordenación de una materia determinada, el Ejecutivo se encarga de precisar, de completar la regulación del asunto de que se trata. Para el caso colombiano ello ha significado que diversos temas que hasta la reforma constitucional de 1968 eran regulados exclusivamente por el Congreso, se asignen ahora conjuntamente al Legislativo y el Ejecutivo.

El objetivo de las leyes cuadro es el de permitirle al Estado responder ágilmente a los cambios acelerados que experimentan en la sociedad moderna diversas materias. Para poder reaccionar prontamente ante los sucesos cambiantes es necesario contar con la información necesaria - suficiente y actualizada - y con procedimientos expeditos. Estos dos requisitos son satisfechos por el Poder Ejecutivo, pero no por el Legislativo. Este último suele contar con procesos de decisión lentos y no posee los recursos indispensables para disponer directamente de la información pertinente para la toma de decisiones, razón por la cual debe solicitarla del Ejecutivo. Esta situación es la que ha conducido a señalar que diversos asuntos deben ser regulados por el Ejecutivo de acuerdo con las orientaciones generales que imparta el Legislativo. De esta manera, la institución de las leyes marco permite simultáneamente resguardar el principio democrático - puesto que el Congreso conserva la facultad de dictar y modificar las normas básicas para la regulación de una materia - y reaccionar rápidamente ante la dinámica de los hechos a través de decretos del

Gobierno que adapten la regulación específica de la materia a las nuevas situaciones.³ (Se resalta)

Sin duda, acogiendo la jurisprudencia⁴, las leyes a que se refería el artículo 76-9 y hoy el artículo 150-19 de la Carta, corresponden a la categoría de las denominadas "Leyes marco" o "Leyes cuadro" o "leyes generales" que de conformidad con los lineamientos señalados, se caracterizan, básicamente, por los siguientes aspectos:⁵

- a. El legislador debe circunscribir su actuación a fijar la política, los criterios y los principios que guiarán la acción del Ejecutivo al desarrollar la materia que constituye su objeto, escapando de la Ley ordinaria los tópicos a desarrollar. En virtud de esta clase de leyes, se deja al Congreso el señalamiento de la política general y al Ejecutivo su regulación particular y su aplicación concreta.
- b. Para expedirlas o modificarlas se requiere de iniciativa gubernamental. No obstante, el legislativo decide autónomamente sobre su contenido, siempre y cuando no modifique esencialmente la propuesta gubernamental.⁶
- c. Al entrar a revisar las materias que la reforma constitucional de 1968 y la de 1991 reservaron a este tipo de leyes, como rasgo común, se refieren a cuestiones técnico-administrativas de difícil manejo: a fenómenos económicos que por su condición esencialmente mutable, exigen una regulación flexible o dúctil, que permita responder a circunstancias cambiantes o a asuntos que ameritan decisiones inmediatas y

³ Es el criterio que se encuentra expresado en recientes sentencias como las C-700 y C-702, ambas de 1999, de esa Corporación.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-133 del 1º de abril de 1993, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵ Para profundizar en la historia y esquema de las leyes marco, puede consultarse la jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto, entre otras, las sentencias C-465/92, C-510/92, C-013/93, C-133/93, C-428/97, C-054/98, C-510/99, 700/99 y 747/99.

⁶ Al respecto, pueden consultarse la jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en las sentencias C-475/94, C-476/94 y 376/95.

que por tanto, resulta inadecuado y engorroso manejar por otros procedimientos. Así lo entendió el Constituyente de 1991 cuando incorporó temas como los enunciados.

- d. Se insta una presencia normativa dinámica del Ejecutivo que puede ser concebida como una facultad que va más allá de la simple reglamentación.
- e. Ello coincide con el alindamiento de lo que puede efectuar una y otra autoridad pues, sin lugar a dudas, no se trata de competencias concurrentes, con niveles de especificidad iguales.
- f. En el caso concreto del numeral 9º artículo 78 del anterior ordenamiento constitucional, se observa un proceso coherente en la adopción de los temas que tienen que ver con la estructura y funcionamiento de la administración nacional. Así, en cuanto a la estructura, preceptúa la actual Constitución que la modificación que de ésta efectúa el Presidente de la República se realiza "con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley" (se resalta, art. 189 numeral 16). Otro tanto prescribe el numeral 19 literal e) del artículo 150 al determinar que el Ejecutivo debe sujetarse a las normas generales (objetivos y criterios) que fije el Congreso de la República en materia de fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos. Se trata de una coherencia en la regulación que no fue soslayada por el Constituyente de 1991.
- g. Ello nos conduce a concluir que, tratándose de una atribución propia (no delegada por el Congreso), para la cual se requiere la mediación del legislador para la fijación de los principios y reglas generales, no debe existir habilitación especial para su ejercicio, basta con la ley que determine los principios y reglas generales.
- h. Para su ejercicio, sólo se requiere la mediación del legislador. Ninguna otra autoridad puede delimitar el ámbito dentro del cual debe efectuarse la regulación, so pena de estar invadiendo una competencia que no le corresponde.

Cabe señalar que, en materia salarial, la Corte Constitucional ha sido categórica en señalar que la fijación del régimen salarial le

competete, exclusivamente, al Gobierno Nacional. Cuando se refirió a este tema, expresó lo siguiente:

La Corte encuentra que esa armonización es posible, por cuanto la facultad de las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de trabajo y los emolumentos de los empleados públicos en manera alguna excluye que existan procesos de consulta entre las autoridades y los trabajadores sobre esta materia, y que en caso de conflicto, se busquen, hasta donde sea posible, soluciones concertadas, tal y como lo establece el artículo 55 superior. Esto significa que nada en la Carta se opone a que los empleados públicos formulen peticiones a las autoridades sobre sus condiciones de empleo, las discutan con ellas con el fin de lograr un acuerdo en la materia, lo cual implica que el derecho de negociación no tiene por qué ser anulado. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede con los trabajadores oficiales, que tienen un derecho de negociación pleno, la búsqueda de soluciones negociadas y concertadas no puede llegar a afectar la facultad que la carta confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Esto significa que la creación de mecanismos que permitan a los empleados públicos, o sus representantes, participar en la determinación de sus condiciones de empleo es válida, siempre y cuando se entienda que en última instancia la decisión final corresponde a las autoridades señaladas en la Constitución, esto es, al Congreso y al Presidente en el plano nacional [...].⁷

2. Ahora bien, el esquema descrito repercute a nivel territorial, tal y como surge de la determinación de las competencias estatales para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del nivel territorial. Para tal fin es preciso relacionar varias disposiciones constitucionales que se refieren a las atribuciones para regular el mencionado régimen y a las materias que comporta.

En primer lugar, el numeral 19 del artículo 150 prescribe, como competencia del legislador, la expedición de normas generales para que el Gobierno Nacional fije el régimen salarial de los empleados públicos (literal e).

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-377 de 27 de julio de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Resaltado fuera del texto. Este criterio no es unánime en la jurisprudencia de esa Corporación, *cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-110 de 10 de marzo de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Esta regla de competencia agolaría el tema para la determinación del régimen salarial de los empleados públicos en el nivel nacional como se explicó *supra*. Sin embargo, en la medida en que el Estado colombiano se constituye bajo el principio de la autonomía de las entidades territoriales, bajo el entorno de la unidad económica, éstas deben tener, igualmente, competencia para regular de manera concreta el mencionado tema en cada una de sus jurisdicciones y con los límites que la Constitución Política les impone.

Esta competencia compartida ha sido reconocida por la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

La determinación de un límite máximo salarial, de suyo general, si bien incide en el ejercicio de las facultades de las autoridades territoriales, no las cercena ni las torna inocuas. Ni el Congreso ni el Gobierno sustituyen a las autoridades territoriales en su tarea de establecer las correspondientes escalas salariales y concretar los emolumentos de sus empleados. Dentro del límite máximo, las autoridades locales ejercen libremente sus competencias. La idea de límite o de marco general puesto por la ley para el ejercicio de competencias confiadas a las autoridades territoriales, en principio, es compatible con el principio de autonomía. Lo contrario, llevaría a entronizar un esquema de autonomía absoluta, que el Constituyente rechazó al señalar: "Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley" (C.P. art. 287).

Así, de conformidad con el artículo 300 de la Constitución Política, corresponde a las asambleas departamentales determinar las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo, y al Gobernador, fijar los emolumentos de los empleados de sus dependencias, de conformidad con la ley. Del mismo modo, de acuerdo con el numeral 6° del artículo 313 *ib.*, corresponde a los concejos municipales determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos. De igual forma, acorde con lo previsto en el numeral 7° del artículo 315 de la misma Carta, corresponde al alcalde fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias.

Siguiendo los lineamientos anteriores, la ley marco de salarios y prestaciones sociales, Ley 4ª de 1992, determina, como pauta general orientadora de la función del Gobierno Nacional, que éste, cuando fije el límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales, guarde equivalencias con cargos similares en el orden nacional.

Como consecuencia de lo anterior, el Gobierno Nacional determina el citado máximo salarial para los empleados públicos de las entidades territoriales, dentro de los que se encuentran los departamentos, municipios y distritos.

Las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales determinan las reglas generales que deben regir el régimen salarial de los empleados públicos del orden territorial. Dentro de esta tarea, deberán definir los objetivos que pretende la política salarial de la respectiva entidad territorial y que corresponde desarrollar al alcalde a través de la fijación del régimen salarial de los empleados públicos correspondientes.

Finalmente, el Gobernador y el Alcalde, con base en los límites máximos definidos por el Gobierno Nacional y con las disposiciones expedidas por la Asamblea y el Concejo, fijan directamente el régimen salarial de los empleados públicos vinculados a los órganos estatales que hacen parte del municipio o distrito.

Ya en materia prestacional, el artículo 12 de la Ley 4 de 1992, dispone:

Artículo 12. 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 Nacional señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional.

La Corte Constitucional, al estudiar una demanda contra dicha norma, y hacer el análisis pertinente frente a los literales e) y f) del artículo 150 - 19, ya transcritos, estableció la siguiente salvedad:

Declarar EXEQUIBLE el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992 siempre que se entienda que las facultades conferidas al gobierno se refieren, en forma exclusiva, a la fijación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales, al régimen prestacional mínimo de

los trabajadores oficiales territoriales y al límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales.⁸ (se subraya)

Así las cosas, el marco de competencias en materia salarial para los empleados públicos de las entidades territoriales se entiende de la siguiente manera:

[...] existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, así: Primero, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero, las asambleas departamentales y concejos municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto, los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dictan las asambleas departamentales y concejos municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional. (subrayas de la Corte Constitucional).⁹

Y en la misma determinación, en punto al régimen prestacional, se indicó:

4.2. Dentro de este contexto, se pregunta, ¿cuál es el marco de competencia de las corporaciones públicas territoriales en materia salarial y prestacional de los empleados de su administración?

4.2.1. La propia constitución da una primera respuesta a este interrogante, cuando en el artículo 150, numeral 19, inciso final, establece que las funciones dadas al Gobierno Nacional en materia de prestaciones sociales son indelegables en las Corporaciones públicas territoriales y que éstas tampoco podrán arrogárselas. Debe entenderse, entonces, que corresponde única y exclusivamente al

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-315 de 19 de julio de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-510, 14 de julio de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Gobierno Nacional fijar el régimen prestacional de los empleados públicos de los entes territoriales, siguiendo, obviamente, los parámetros establecidos por el legislador en la ley general.

El artículo 6° del Decreto 694 de 2002, reitera la normatividad y el criterio jurisprudencial en comentario.

- 3. Adicionalmente, y en punto al régimen salarial y prestacional en el ámbito territorial, cabe indicar que en el Departamento Administrativo de la Función Pública se tramita una consulta en relación con las primas y prestaciones en la contraloría del municipio de Yumbo. En la respuesta que se brinde, seguramente, se efectuarán reflexiones que sean útiles para el caso *sub examine*.
- 4. Más allá de lo indicado, y tal y como se afirmó *ab initio*, esta dependencia no puede entrar a efectuar calificaciones en concreto respecto de los actos administrativos expedidos por el señor Contralor ni sugerir o plantear responsabilidad alguna o una eventual irregularidad en los mismos pues carece de competencia para ello. Es más, si ello corresponde a una investigación, deben surtirse los trámites previstos en las leyes que gobiernan los diversos escenarios de responsabilidad del servidor público. De esta manera, solamente, y en forma general como lo exige su deber de conceptualización, la Oficina Jurídica alude a ciertos puntos tratados en la normatividad vigente y en la jurisprudencia que la ha analizado, los cuales son útiles para arribar a convicciones procesales, mediante un clásico método inductivo, que, en todo caso, no le corresponden.
- 5. En punto a la posibilidad de ejercitar la acción de nulidad, esta oficina, ha indicado lo siguiente:

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, es posible que la Auditoría, mediante un funcionario, pueda ejercitar la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. No obstante, esta facultad no se deriva del ejercicio de las funciones consustanciales para la obtención de sus fines, sino de la titularidad que la citada norma le confiere a toda persona, la cual puede ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto,¹⁰ debiendo observarse especial interés en aquellos actos administrativos expedidos por las entidades sujetas a su vigilancia y susceptibles de anulación (es decir que hayan sido expedidos en

¹⁰ C.C.A., artículo 136, inciso primero.

alguna de las circunstancias previstas en el inciso segundo del artículo 84 del C.C.A.) que generen o puedan generar un detrimento patrimonial al Estado, en desarrollo de una actividad depurativa. Ello no obsta para que, según se indicó, el organismo de control adelante la acción de responsabilidad fiscal, si a ello hubiere lugar. [...]

No sobra recabar que la vigilancia de la gestión fiscal constituye la misión de esta entidad y, para tal fin, cuenta con un mecanismo propio, el proceso de responsabilidad fiscal, regulado en la Ley 610 de 2000, el cual se adelanta en forma autónoma, sin perjuicio de las demás acciones que puedan iniciarse con fundamento en los hechos que generaron el deterioro patrimonial.¹¹

La autonomía del proceso de responsabilidad fiscal hace que el mismo no esté supeditado a otras actuaciones y así lo ha declarado la Corte Constitucional con insistencia¹².

En estos términos se da respuesta a las inquietudes formuladas, no sin antes precisar que la misma se realiza con fundamento en lo previsto en el artículo 25 del C.C.A.

Cordial saludo,



JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN

Anexo lo anunciado en 6 folios.
Copia: Auditor Delegado

DaymC.

¹¹ Concepto de 24 de octubre de 2002, NUR 215-3-11051/435/03 dirigido a la Gerencia Seccional III. Se anexa copia del mismo.

¹² Al respecto, *cfr.* CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-832 de 8 de octubre de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Según el informe de prensa de esa Corporación, fueron declaradas inexecutable ciertos apartes del artículo 89 de la Ley 715 pues los mismos contravienen el principio de autonomía del proceso de responsabilidad fiscal.