



Piedecuesta, 27 de Agosto de 2014

Doctor

Pablo Cáceres Serrano

Gerente E.S.E Hospital Local de Piedecuesta
E.S.D.

Asunto: Concepto jurídico sobre la Viabilidad del RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PRIMA DE SERVICIOS a los empleados públicos de la ESE Hospital Local de Piedecuesta.

Cordial Saludo,

De manera atenta, me permito emitir concepto de viabilidad jurídica para el reconocimiento y pago de la prima de servicios a los empleados de nómina de la ESE Hospital Local de Piedecuesta con fundamento en los siguientes argumentos jurídicos:

CONCEPTO DE VIABILIDAD JURÍDICA

1. Que la prima de servicios en el sector público se encuentra regulado en los artículos 42, 58 y 59 del decreto nacional 1042 de 1978, señalando que constituye factor salarial y estableciendo la forma de liquidación en relación con los empleados del Orden Nacional según lo determina su artículo primero.
2. Que la ley 4 de 1992 facultó al Presidente de la República para fijar el régimen prestacional de los empleados públicos del país, y con base en dichas facultades expidió el decreto ley 1919 de 2002, el cual determinó que los empleados públicos del orden territorial se les aplicarán las mismas normas en condición de igualdad aplicables a los empleados del Nivel Nacional, tal como lo determina su artículo primero que señala que: *“A partir de la vigencia del presente Decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional”*.
3. Que de acuerdo a lo anterior, a los empleados del Orden Territorial se les aplica las mismas normas que le son aplicables en asuntos de factores salariales y prestacionales a los empleados del Nivel Nacional, pues no existe justificación legal para que se genere alguna diferencia que a todas luces es discriminatoria, bajo la orientación del principio de Igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución Política.
4. Que así lo ha reconocido el Consejo de Estado en jurisprudencia sólida, reiterada y uniforme al inaplicar, bajo las orientaciones de los artículos 4 y 13 de la Constitución Nacional, la restricción señalada en el artículo primero del decreto ley 1042 de 1978 y hacer extensivo este beneficio a los empleados del nivel territorial, aduciendo que aun cuando las entidades territoriales no pueden arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos, no



existe justificación para establecer tal diferenciación entre dos grupos de personas en circunstancias similares, es decir, no existe razón legal para que los empleados públicos del Nivel Nacional se le reconozcan unos factores salariales y a los empleados del Nivel Territorial no se les pueda reconocer, tal como lo expuso en reciente sentencia del 7 de marzo de 2013, la Consejera ponente MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO.¹

Señala la prenombrada sentencia que:

“En el presente caso, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el departamento de Cundinamarca, erraron al considerar que no hay lugar a aplicar el precedente sobre el tema de la extensión de los beneficios prestacionales contemplados en el Decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del orden territorial, porque no se ha expedido una sentencia de unificación respecto de esto. Aunque no existe claridad acerca de la existencia de dicha providencia en la Sección Segunda, por la disparidad de criterios entre sus subsecciones, no sucede lo mismo en la Sección Primera, donde la línea jurisprudencial expuesta acerca del tema ha sido sólida, reiterada y uniforme, lo que descarta la necesidad de una providencia de unificación.”

*A partir de la interpretación del artículo 13 de la Constitución, en repetidas ocasiones, la Sección Primera ha extendido los beneficios prestacionales contenidos en el Decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del orden territorial mediante la inaplicación de la expresión “del orden nacional” contenida en su artículo 1, porque considera que aun cuando las entidades territoriales no pueden arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos, **no existe justificación para establecer tal diferenciación entre dos grupos de personas en circunstancias similares**”.*

*“Es oportuno precisar que en materia de precedente, por regla general, las decisiones proferidas por los jueces de mayor jerarquía y, en especial, las de los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones constituyen **precedente obligatorio para todas las autoridades e incluso para los particulares**, no así respecto del precedente horizontal fijado por el mismo Tribunal u otro de igual jerarquía, razón por la cual no se procederá a analizar el presunto desconocimiento del precedente horizontal alegado por la actora.” (Subrayas nuestras)*

5. Que en efecto esta línea jurisprudencial ha sido sólida, reiterada y uniforme por parte del Consejo de Estado, como se puede advertir, entre otras, en las sentencias del 23 de agosto de 2007,² 22 de Noviembre de 2007,³ 6 de agosto de 2008,⁴ 25 de septiembre de 2008⁵, 16 de abril de 2008,⁶ 21 de octubre de 2010,⁷ y

¹ Consejo de Estado, Sección Primera, Exp. 11001-03-15-000-2013-00131-00, C.P MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de Tutela promovida por LUZ MARINA ZAMUDIO DE GONZALEZ contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

² C.P JESUS MARIA LEMOS BUSTAMENTE, Radicado interno 0176-2004, Actora ELVIA VARGAS OSORIO.

³ C.P. ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO.

⁴ C.P GERARDO ARENAS MONSALVE, Rad: 2004-01018, Actor: Mario Yepes del Portillo. Acción de Nulidad y Restablecimiento instaurada por el actor en calidad de empleado público del orden territorial del departamento del Atlántico. Dirigida a obtener la nulidad del acto administrativo por medio de la cual “se reconoce y ordena el pago de unas cesantías definitivas y prestaciones sociales”, esto en atención a lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978.

23 de agosto de 2012⁸ en donde el máximo Tribunal Administrativo ha señalado lo siguiente:

*“Esta Corporación en aras de proteger el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la C.P., y con fundamento en el artículo 4 ibídem, **ha inaplicado la expresión “del orden nacional”** de las normas que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales, para reconocer a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional. // En criterio de la Sala, **se inaplica la expresión “del orden nacional” del artículo 1 del decreto 1042 de 1978, con el propósito de hacer extensivas estas prestaciones a los empleados del orden territorial.** // Esta ha sido la filosofía que inspiró el legislador al expedir el Decreto 1919 de 2002, en tanto que extendió el régimen salarial y prestacional de los empleados nacionales al de los territoriales, cuando textualmente estableció en su artículo 1º que los empleados de los entes territoriales “gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional”. (Subrayas nuestras)*

6. Que consecuente con lo anterior, el Consejo de Estado fue más allá al ordenar al Municipio de Aquitania, Boyacá, a pagar la prima de servicios dejada de devengar por lo actores desde el año 1998 a 2000, conforme a lo previsto en los artículos 58 a 60 del Decreto 1042 de 1978, como consecuencia de declarar la nulidad de los acuerdos No 15 del 30 de noviembre de 1997 y No 12 de 10 de marzo de 1998 emitidos por el Cabildo de dicho municipio, que no contemplaron las apropiaciones para presupuestarla, razón por la cual el Municipio se abstuvo de pagarla.

Así en sentencia del 20 de septiembre de 2007,⁹ el Consejo de Estado señaló que:

“Si bien es cierto que el Municipio no podía arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos, pues ésta es una función reservada al Gobierno Nacional, también es verdad que esta Corporación

⁵ C.P. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMENTE, Rad: 2001-01650, Actor: Mónica Perpetua Casanova Zamora. Acción de Nulidad y Restablecimiento instaurada por la actora en calidad de empleado público del orden territorial del municipio del Tambo, dirigida a obtener la nulidad del acto administrativo por medio de la cual “liquidó las cesantías definitivas y omitió reconocer tres años de compensación por vacaciones, las primas de navidad y servicios, el auxilio de maternidad, la sanción por despido y la indemnización por supresión del cargo”, esto aplicándose los beneficios prestacionales contemplados en el Decreto 1042 de 1978.

⁶ C.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

⁷ C.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Rad. 2008-00412, Actor: Juan Guillermo Córdoba Correa. Acción de Nulidad y Restablecimiento instaurada por el actor en calidad de empleado público del Orden Territorial del Municipio de Abeita, Antioquia, dirigida a obtener la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se han pagado factores salariales que no han debido pagarse como “la prima de servicios”, en atención a que se deben equiparar los regímenes de los empleados públicos del Orden Territorial con los del Orden Nacional de acuerdo a los reiterados desconocimientos de la expresión “del Orden Nacional” del artículo 1 del decreto 1042 de 1978.

⁸ C.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Radicado 2001-01674, Actor: Reinaldo Castañeda Parra. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instaurada por el actor en calidad de empleado público del Orden Territorial del Municipio de Ramiriquí, Boyacá, dirigida a obtener la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se negó el reconocimiento y pago de la “prima de servicios, prima de alimentación, subsidio de transporte, y el suministro de dotación de calzado y vestido de labor, o su compensación, y las prestaciones causadas durante el tiempo que estuvo vinculado con el municipio” esto de acuerdo al decreto 1042 de 1978.

⁹ C.P. ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO, Radicación número: 15001-23-31-000-2001-00073-01(5200-05), Sección Segunda, Consejo de Estado. El Consejo de Estado analizó si se ajusta o no a derecho el acto administrativo, por medio del cual el Municipio de Aquitania (Boyacá) negó a los demandantes la prima de servicios por los años 1998 a 2000. Los demandantes disfrutaron dicho factor salarial por los años 1996 y 1997, mientras que para el año de 1998 la entidad demandada no realizó las apropiaciones para presupuestarla, razón por la cual el Municipio se abstuvo de pagarla.



ha reconocido a los empleados territoriales las prestaciones de los empleados del orden nacional. Para el efecto, **en virtud del artículo 4 de la Constitución Política ha inaplicado la expresión “del orden nacional” de las normas que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales, en aras de proteger el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 constitucional.**

Consecuentemente, **la Sala inaplicará la expresión “del orden nacional” del artículo 1 del Decreto 1042 de 1978 en el que se regula la prima de servicios, con el propósito de hacerla extensiva a los empleados del orden territorial,** que para el caso son los empleados públicos del municipio de Aquitania (Boyacá). Tal ha sido la filosofía del ordenamiento jurídico, pues el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1919 de 2002 extendió el régimen salarial y prestacional de los empleados territoriales al de los nacionales, cuando textualmente expresó en su artículo 1 que los empleados de los entes territoriales “gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional

Por tanto, el acto acusado no se ajustó a derecho, por lo que conduce a la Sala a declarar su nulidad y ordenar a la entidad demandada a pagar la prima de servicios dejada de devengar por lo actores desde el año 1998 a 2000, conforme a lo previsto en los artículos 58 a 60 del Decreto 1042 de 1978.”. (Subrayas nuestras)

7. Que dicho precedente jurisprudencial, reiterado y consolidado, en el sentido de inaplicar la expresión “del Orden Nacional” establecida en el artículo 1 del decreto ley 1042 de 1978, a fin de hacer extensiva los beneficios contenidos en esa norma a los empleados del Nivel Territorial, constituye precedente de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades e incluso para particulares, tal como lo expuso el propio Consejo de Estado, así:

“Dicha aplicación igualitaria, como condición esencial para poder hablar de un trato equitativo de las personas, exige un ejercicio de interpretación ponderado que respete los propósitos de la ley y la Constitución. Este ejercicio de interpretación que hace el juez, queda consignado en sus decisiones, que pasan a formar el precedente judicial. Las diferentes interpretaciones de la ley se consideran legítimas, como resultado de un ejercicio democrático de las fuentes del derecho, **pero solo pueden ser tenidas en cuenta y valoradas como ajustadas a la Constitución, aquellas interpretaciones que garanticen los principios, valores y derechos de la Carta Suprema.**

El precedente debe ser una interpretación reiterada y consolidada. Se trata de una decisión que, a través de sus razones (ratio decidendi), resuelve de fondo el problema jurídico planteado. Las razones en las que se apoya la parte motiva de la sentencia deben guardar relación con la parte resolutive de la misma. **Estas razones tienen efectos vinculantes para las partes en el proceso y además, pasan a formar el precedente judicial que debe ser respetado en casos análogos.**

El desconocimiento del precedente se genera, cuando sin ninguna razón aparente y sin una justificación debidamente expuesta en el fallo, la autoridad judicial decide apartarse de forma ilegítima de un precedente plenamente identificado, consolidado y reiterado, que cuenta con fuerza vinculante para el operador de derecho, sea en su propia jurisdicción bajo relación jerárquica como manifestación

del cierre de jurisdicción, o bajo el argumento del principio de supremacía constitucional donde la jurisprudencia constitucional goza de fuerza vinculante para todos los operadores de derecho, como órgano límite del sistema”.¹⁰

8. Que de igual forma, existe la obligación por parte de las autoridades administrativas de acatar lo dispuesto por las Altas Cortes, tal como lo expuso la honorable Corte Constitucional en Sentencia C-539 de 2011¹¹:

“Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho – art.1 CP-; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –art.2-; de la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP; del derecho a la igualdad – art.13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas – art.83 CP-; de los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política.”

Así mismo en cuanto al margen de libertad interpretativa de las autoridades administrativas, al momento de aplicar una norma a un caso en particular, ha señalado la Corte Constitucional que *“éstas se enfrentan a una gama de posibles interpretaciones, frente a las cuales deben aplicar la interpretación que se ajuste a la Constitución y a la ley, y que tal interpretación autorizada, última y unificada viene dada en materia legal por el máximo tribunal de casación en la jurisdicción ordinaria o Corte Suprema de Justicia, en el derecho administrativo por el Consejo de Estado y en materia constitucional por la Corte Constitucional”*.¹²

9. Que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra en su artículo 102 el deber de las autoridades de extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.
10. Que a su vez el Gobierno Nacional expidió el decreto 1467 de 4 de agosto de 2014, por el cual se regula el pago de la prima de servicios para los empleados públicos de la Gobernación del Departamento de Santander, de las entidades adscritas y vinculadas a la Gobernación y de la Contraloría Departamental de Santander y se dictan disposiciones para su reconocimiento.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, Exp. 11001-03-15-000-2013-00131-00, C.P MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de Tutela promovida por LUZ MARINA ZAMUDIO DE GONZALEZ contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

¹¹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia de 6 de julio de 2011.

¹² Ibidem

Si bien es cierto, el Presidente de la República a través del prenombrado decreto extendió la prima de servicios el pasado 4 de agosto de 2014 sólo para los empleados públicos de la Gobernación de Santander, las entidades descentralizadas del Departamento de Santander que hacen parte de su Presupuesto General y a la Contraloría Departamental, sin que haya mencionado a los empleados de las Empresas Sociales del Estado de orden departamental, ello no es óbice para que éstas últimas reconozcan y paguen a sus funcionarios la mentada prima puesto que en caso de no hacerlo estarían vulnerando el derecho fundamental a la Igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional, y aquellos postulados que orientan el Estado Social de Derecho.

En efecto reconocer el pago de la prima de servicios a los empleados de la Gobernación del Departamento de Santander, de las entidades adscritas y vinculadas a la Gobernación y de la Contraloría Departamental de Santander y desconocer dicho factor salarial a los empleados de las Empresas Sociales del Estado del Orden Departamental, cuando se trata de empleados del mismo Nivel Territorial, transgrede flagrantemente el principio y el derecho de Igualdad, puesto que se trataría desigualmente a las personas dignas de trato igual.

11. Que la Constitución Política consagra en su artículo 13 el derecho fundamental a la Igualdad, el cual reza que *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”*.
12. Que la Corte Constitucional ha desarrollado ampliamente el principio y el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación, cuya titularidad radica en todos aquellos que son objeto de un trato diferenciado injustificado o de un trato igual a pesar de encontrarse en un supuesto fáctico especial que impone un trato diferente, señalando que:

“(…) El preámbulo constitucional establece entre los valores que pretende asegurar el nuevo orden constitucional la igualdad, mientras que por otra parte el artículo 13 de la Carta ha sido considerado como la fuente del principio fundamental de igualdad y del derecho fundamental de igualdad. (...)”

Otro aspecto de la igualdad que debe ser señalado en esta breve introducción es que carece de contenido material específico, es decir, a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado. De la ausencia de un contenido material específico se desprende la característica más importante de la igualdad: su carácter relacional. (...)”

*Dicho carácter relacional es uno de los factores que explica la omnipresencia del principio de igualdad en la jurisprudencia de esta Corporación, **pues hace posible que sea invocado frente a cualquier actuación de los poderes públicos con***

independencia del ámbito material sobre el cual se proyecte. También influye en la interpretación del principio de igualdad porque, como ha señalado la doctrina, desde el punto de vista estructural éste necesariamente involucra no sólo el examen del precepto jurídico impugnado, sino que además la revisión de aquel respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado amén del propio principio de igualdad. Se trata por lo tanto de un juicio trimembre. (...)

Ahora bien, la ausencia de un contenido material específico del principio de igualdad no significa que se trate de un precepto constitucional vacío, por el contrario, precisamente su carácter relacional acarrea una plurinomatividad que debe ser objeto de precisión conceptual. De ahí que a partir de la famosa formulación aristotélica de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad –al menos en su acepción de igualdad de trato- del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: **por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente**, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes. (...)

Esos dos contenidos iniciales del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) **un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas**, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables.

De los diversos contenidos del principio general de igualdad, surgen a su vez el derecho general de igualdad, cuya titularidad radica en todos aquellos que son objeto de un trato diferenciado injustificado o de un trato igual a pesar de encontrarse en un supuesto fáctico especial que impone un trato diferente, se trata entonces de un derecho fundamental que protege a sus titulares frente a los comportamientos discriminatorios o igualadores de los poderes públicos, el cual permite exigir no sólo no verse afectados por tratos diferentes que carecen de justificación sino también, en ciertos casos, reclamar contra tratos igualitarios que no tengan en cuenta, por ejemplo, especiales mandatos de protección de origen constitucional. (...)¹³

13. Que de acuerdo con el artículo 2 de la Constitución Nacional las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en

¹³ Sentencia C-250/12, Bogotá D. C., veintiocho (28) de marzo de dos mil doce (2012), M.P., HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.



Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Así mismo, en su artículo 6, la Constitución consagra que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, y en su artículo 4 consagra que la Constitución es norma de normas, y que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

14. Que como consecuencia de estos preceptos de carácter constitucional, el servidor público tiene el deber de salvaguardar la Constitución, sus principios, derechos y valores, y aplicar preferentemente las disposiciones constitucionales sobre cualquier otra norma de categoría inferior.

Así las cosas cuando el operador administrativo enfrenta una norma legal o reglamentaria que contradice una disposición de carácter constitucional tiene el deber de inaplicar por vía de *excepción de inconstitucionalidad* la norma inferior que no observe el contenido de la Constitución. Lo anterior, en el entendido que la protección y sostenimiento de la supremacía constitucional es responsabilidad de todos los ciudadanos, especialmente, de los servidores públicos, en quienes se ha confiado la facultad y competencia para garantizar y hacer efectivos los principios y libertades individuales, buscando su eficacia y efectividad.

La llamada *excepción de inconstitucionalidad*, aplicada con responsabilidad, hace de un Estado Social de Derecho un verdadero Estado constitucional, promoviendo la aplicabilidad de la teoría del control de pesos y contrapesos teniendo con su máxima que sólo el “poder limita al poder”. De otra parte, fortalece la importancia del ser humano en el Estado, al dar paso a la evolución de los derechos fundamentales y al principio de primacía constitucional.

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional como lo indica la sentencia T-658/07 de 2007.¹⁴ Pues bien, en tratándose de la aplicación de la *excepción de inconstitucionalidad*, cuando se trata de actos violatorios de los derechos fundamentales contenidos en Carta Política dispuso el máximo tribunal constitucional

“(…)

(i) Aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, cuando se trata de actos violatorios de los derechos fundamentales contenidos en Carta Política

Desde el Acto Legislativo número 3 de 1910, las Constituciones colombianas han consagrado la figura de la excepción de inconstitucionalidad. Bajo esta misma filosofía, la Constitución de 1991 en su artículo 4º consagra la aplicación preferente de las reglas constitucionales sobre cualquier otra norma jurídica.

Lo anterior se presenta cuando la autoridad pública encargada de la aplicación de una norma jurídica, en casos concretos y con efectos únicamente referidos a

¹⁴ Sentencia del 23 de agosto de 2007; MP. MARCO GERARDO MONROY CABRA



éstos, establezca la incompatibilidad entre la norma de que se trata y la preceptiva constitucional.

el funcionario público encargado de la ejecución de un acto administrativo, tiene la obligación de inaplicarlo cuando en el caso concreto resulte abiertamente contrario a la Carta Política, más aún a los derechos fundamentales en ella contenidos. En el caso de no hacerlo, la tutela es el mecanismo procedente para la protección de estos derechos si no existe otro medio de defensa judicial, o si existen, se busque evitar un perjuicio irremediable (...)"

Se tiene entonces que lo que se busca con la *excepción de inconstitucionalidad* es que se apliquen las prescripciones fundamentales y no las reglas inferiores incompatibles con ellas.

De otra parte, la Corte Constitucional ha dejado claro que no sólo los jueces, sino las autoridades que cumplen funciones administrativas, e incluso los particulares, tienen la obligación de aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando encuentren una norma contraria a la Constitución Política:

"(...) La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...". Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.

De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución. Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada es constitucional o no. (...)"

El análisis jurisprudencial arroja que los funcionarios administrativos están cubiertos por la obligatoriedad de las normas constitucionales, so pena de incurrir en una vía de hecho al negarse a enfocar su comportamiento según lo establecen los preceptos constitucionales, contrario a lo que piensan algunos servidores públicos que consideran que aplicando una norma inconstitucional, "pero legal" se encuentran protegidos por el amparo del imperio de la Ley.



Se debe hacer claridad, en el sentido que aplicando una norma de carácter legal pero manifiestamente inconstitucional, que vaya en contra de las garantías constitucionales de una de las partes, también se puede incurrir en la responsabilidad administrativa.

Las instituciones deben sujetarse a los mandatos constitucionales, de tal suerte que en el evento que una norma contradiga en forma clara y ostensible un presupuesto superior, el servidor público competente estará en la obligación de inaplicar la norma para el caso concreto, dando primacía a los principios y garantías constitucionales.

15. Que para el caso que nos ocupa, resulta imperativo, por vía de la *excepción de inconstitucionalidad*, inaplicar la restricción contenida en el artículo primero¹⁵ del decreto nacional 1467 del 4 de agosto de 2014, y hacerla extensiva a los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado de orden departamental, por desconocer abiertamente su derecho fundamental a la Igualdad, al conferirle un trato desigual y discriminatorio frente a los empleados públicos de la Gobernación del Departamento de Santander, de las entidades descentralizadas del Departamento que hacen parte de su Presupuesto General y de la Contraloría Departamental de Santander, y como consecuencia de ello, reconocer y pagar la prima de servicios a los empleados públicos de la Empresa Social del Estado Hospital Local de Piedecuesta.

Se concluye entonces, que cuando en la aplicación de un acto administrativo cobijado por presunción de legalidad, como lo es el artículo primero del decreto 1467 del 4 de agosto de 2014, resulten vulnerados claros preceptos contenidos en la Constitución, como lo es el principio y el derecho fundamental a la Igualdad, el servidor público debe darle prevalencia a ésta, aplicándola de manera preferente. Sin embargo, se deja claro que los efectos son sólo para la situación particular.

16. Que la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Hospital Local de Piedecuesta, mediante Acuerdo No 007 del 23 de octubre de 2013, por medio del cual se acredita y contracredita el presupuesto de gastos de la ESE Hospital Local de Piedecuesta, y mediante Acuerdo No 008, por el cual se fija el presupuesto de rentas y gastos de la ESE Hospital Local de Piedecuesta para la vigencia del 1 de enero al 31 de diciembre de 2014, realizó la apropiación presupuestal para el pago de la prima de servicios de los empleados públicos de esta entidad.
17. Que en consecuencia, la prima de servicios está reconocida en sendos actos administrativos, debidamente motivados, y como todo acto administrativo goza de presunción de legalidad mientras no sea suspendido o anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con el artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y por tal razón,

¹⁵ A partir de la vigencia del presente Decreto, los empleados públicos vinculados o que se vinculen a la Gobernación del Departamento de Santander, a las entidades descentralizadas del Departamento que hacen parte del Presupuesto General del Departamento y a la Contraloría Departamental de Santander, tendrán derecho a percibir la prima de servicios de que trata el Decreto Ley 1042 de 1978, en los mismos términos y condiciones allí señalados y en las normas que lo modifican y adicionan. Igualmente, esta prima de servicios es aplicable a los empleados públicos de la Lotería Santander. Parágrafo. La prima de servicios de que trata el presente artículo no es aplicable al personal docente y administrativo del sector educación, al personal del sector salud cuya prima es cancelada por la Nación a través del Sistema General de Participaciones ni a los empleados públicos de la Asamblea Departamental de Santander.



se aplicará en los términos y condiciones en él establecidos y su interpretación corresponde a las autoridades del ente territorial.

18. Que por ende, si la prima de servicios se encuentra reconocida a través de un acto administrativo que se encuentra vigente y se presume legal se puede realizar el pago a los empleados públicos de la Empresa Social del Estado Hospital Local de Piedecuesta, hasta tanto se produzca su derogatoria o exista declaración de nulidad por parte del Juez Contencioso Administrativo.

En los anteriores términos se rinde el presente concepto.

Cordialmente,



ADRIÁN IGNACIO GONZÁLEZ JAIMES
C.C. 91.478.543 de Bucaramanga

Abogado
Especialista en Derecho Administrativo
Especialista en Derecho Constitucional