



*República de Colombia*  
*Rama Judicial del Poder Público*  
*Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja*

Tunja, catorce (14) de diciembre de dos mil quince (2015)

**Demandante: Alba Janethe Grosso Ortegón**  
**Demandado : Departamento de Boyacá**  
**Radicación : 150013333011-2014-00013**  
**Medio : Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

Decide el Despacho en primera instancia sobre el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instaurado por Alba Janethe Grosso Ortegón, contra el Departamento de Boyacá.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Pretensiones

La señora Alba Janethe Grosso Ortegón, a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presentó demanda con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del Oficio No. 028218 suscrito por el Director Jurídico del Departamento de Boyacá, con fecha de 30 de julio de 2013, mediante el cual se negó la nivelación salarial de los empleados de la planta central de cargos de la Administración del Departamento.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se reconozca, liquide y ordene pagar a favor de la demandante, el valor de la diferencia de la reliquidación del salario y de las prestaciones sociales descritas en el numeral 1.1.1 de la demanda (f. 5), en un porcentaje del 6,17%, para los años 2009, 2010, 2011 y enero de 2012.

Así mismo, pide la indexación de las sumas adeudadas a la actora entre la fecha en que se causó cada una y la fecha en que ocurra el pago definitivo y que se ordene que la sentencia se cumpla en los términos del artículo 192

y siguientes del CPACA. Finalmente, que se condene en costas a la Entidad demandada.

## 2. Hechos

El apoderado de la parte actora refiere que el Departamento de Boyacá llevó a cabo estudio técnico de modernización para la modificación de la estructura orgánica y la planta de personal del nivel central. Precisa que a través de Ordenanza 0034 de 01 de diciembre de 2011 y con base en el estudio técnico, la Asamblea de Boyacá ajustó la escala salarial de los empleados públicos de la Administración Central del Departamento y que el Gobernador de Boyacá, en cumplimiento de dicha Ordenanza, expidió el Decreto 1193 del 27 de diciembre de 2011, por el cual se efectuó la homologación de los empleos y los Decretos 131 y 132 de 7 de febrero de 2011, mediante los cuales estableció la Planta Central de la Administración del Departamento de Boyacá.

Aduce que con la expedición de los Decretos 1193 de 2011, 0132 del 2012 y la Ordenanza 034 de 2011, los códigos 367 y 314 de nivel técnico fueron homologados a Técnicos Administrativos códigos 367 y 314 grado 08.

Afirma que la accionante, quien presta sus servicios desde el año 2006, pasó de ser Técnico Administrativo Código 367 Grado 42 a Técnico Administrativo Código 367 Grado 08, “...*quedando con una asignación salarial desde el primero de Diciembre del año 2011, efectiva a partir del 07 de febrero de 2012 (sic), de un **Millón Setecientos Veinte mil** (\$1.720.000), nivelando el salario en un porcentaje del 6.17% en relación con la asignación salarial inmediatamente anterior en donde el código era 367 grado 42 y la asignación salarial Un Millón seiscientos veinte mil pesos (\$1.620.000)...” (f. 7). Agrega que teniendo en cuenta la nivelación dispuesta por la Ordenanza 034 de 2011 y los Decretos 1193 de 2011 y 0132 de 2012, la Administración omitió reconocer, liquidar y pagar la nivelación salarial en el mismo porcentaje (17,15%) para los años 2009, 2010, 2011 y enero de 2012, desconociendo que las funciones, el perfil y la experiencia de los empleos no variaron.*

Finalmente aduce que la accionante elevó petición solicitando el reconocimiento, liquidación y pago de los salarios y prestaciones sociales, en

referencia con la nivelación dispuesta, para los años 2009, 2010, 2011 y enero de 2012, la cual fue resuelta en forma negativa a través de Oficio No. 028218 de 30 de julio de 2013, notificado el 6 de agosto del mismo año. Finalmente expone que la Administración violó el derecho a la igualdad salarial.

### **3. Normas Violadas y Concepto de la Violación**

El apoderado de la parte actora señala como vulnerados los artículos 1, 2, 25, 53, 121, 122, 123 y 209 de la Constitución Política.

Sostiene que la Entidad desconoció lo previsto en el artículo 53 de la Constitución, el cual establece una especial protección del derecho al trabajo y de los trabajadores y define los principios mínimos fundamentales que se deben tener presentes en todas las modalidades de relaciones laborales, entre los cuales se encuentra: “...*igualdad de oportunidades para los trabajadores, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, estabilidad en el empleo, remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo... (f. 8)*”.

Aduce que la realidad se materializa en que el código 367 grado 42 de nivel técnico administrativo al cual pertenecía la demandante, fue homologado y nivelado a técnico administrativo código 367 grado 08, cumpliendo las mismas funciones, con las mismas responsabilidades y desarrollando las mismas funciones y en idénticas condiciones, por lo que se daba pleno derecho a percibir el porcentaje de nivelación dispuesto por la administración con efectos retroactivos, atendiendo a la primacía de la realidad sobre las formalidades.

### **4. Contestación de la demanda (f. 101 s.)**

Argumenta que los actos administrativos que establecieron la homologación y nivelación salarial de los funcionarios de la planta central del Departamento de Boyacá, se encuentran cobijados bajo la presunción de legalidad y que no fueron demandados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por ninguno de los supuestos funcionarios a quienes se les desconoció los derechos y se les sometió al trato desigual. Agrega que tanto

la Ordenanza como los Decretos fueron proferidos en cumplimiento de la Constitución y la Ley y que el proceso de homologación y nivelación salarial se realizó con sujeción del estudio técnico recomendado que por factores técnicos y financieros, concluyó que dicho proceso se iba a hacer sin la posibilidad de reconocer retroactivo alguno, por lo que no se ha vulnerado derecho alguno a la demandante.

Formuló la excepción denominada “Inepta demanda”, la cual fue tratada en el curso de la audiencia inicial, celebrada el 4 de agosto de 2014 (fls. 189-195), diligencia en la cual se señaló que las demás excepciones llamadas “Irretroactividad del acto administrativo”, “Cumplimiento de deber constitucional y legal”, “Presunción de legalidad del acto administrativo demandado”, no revisten la calidad de previas ni consideran previo pronunciamiento por lo que serán objeto de estudio con el fondo del asunto.

## **5. Alegatos de conclusión**

Corrido el traslado para alegar (f. 270), las partes presentaron alegatos en los siguientes términos:

### **5.1. Departamento de Boyacá (f. 272 s.)**

Señala que de conformidad con la jurisprudencia, cuando una Entidad Territorial realiza un proceso de homologación y nivelación salarial, requiere para su aprobación de estudios de factibilidad y de los procedimientos que el ordenamiento jurídico señala para la adopción de esa reglamentación, por lo que el Departamento actuando dentro de los límites de competencia otorgada por la Constitución y la Ley, efectuó ajustes a la estructura organizacional, con el objetivo de alcanzar mayores niveles de eficiencia en la prestación de servicios.

Reitera que la escala salarial propuesta propende por lograr la organización armónica y ascendente, de tal forma que a mayor grado, mayor será la asignación salarial y así mismo mayor será su requisito y perfil. Afirma que se pretendió hacer una nivelación salarial guardando un equilibrio proporcional en todos los grados salariales, teniendo en cuenta las

limitaciones presupuestales del Ente Público y guardando los topes máximos de funcionamiento, en cumplimiento de la Ley 617 de 2000.

## **5.2. Parte actora (f. 276 s.)**

Reitera que el Departamento aceptó en el estudio técnico que por años tuvo a sus trabajadores en condiciones de desigualdad salarial, pero que cuando niveló los salarios pasó por encima de los principios legales y constitucionales del derecho al trabajo, pues no reconoció el pago de la nivelación retroactivamente, a sabiendas de que la actora cumplía con las funciones, el perfil profesional, la experiencia, el estudio y demás aptitudes desde el inicio de su vinculación con el ente territorial.

Advierte que el proceso de nivelación y homologación salarial, se hizo efectivo en febrero del año 2012, fecha desde la cual la accionante fue designada en el cargo de técnico administrativo, código 367 grado 08, siendo lo correcto asignar nuevas funciones, sin embargo siguió ejerciendo las funciones que desempeñaba como técnico administrativo código 367 grado 08.

## **II. CONSIDERACIONES**

Surtido del trámite legal del proceso y sin que se observe vicio de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a adoptar la decisión que en derecho corresponda, previo el análisis de los elementos probatorios allegados de la siguiente manera.

### **1. Problema jurídico**

La controversia se contrae a establecer si la accionante, tiene derecho a que el Departamento de Boyacá, reconozca, liquide y pague en forma retroactiva, para los años 2009, 2010, 2011 y enero de 2012, la diferencia equivalente al 6,17%, generada como consecuencia de la homologación y nivelación de su empleo efectuada a través de la Ordenanza 034 de 2011 y los Decretos 1193 de 2011 y 0132 de 2012.

## 2. De la nivelación y las diferencias salariales

Para dilucidar la controversia, considera el Despacho que es preciso decantar, la diferencia que existe entre las solicitudes de nivelación salarial y las reclamaciones por diferencias salariales derivadas de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad salarial y primacía de la realidad sobre las formas legales, habida cuenta que si bien pueden mostrarse idénticas en principio, sustancialmente son distintas y por ende, implican consecuencias jurídicas disímiles y adicionalmente resulta importante determinar el efecto de los actos administrativos.

## 3. De la nivelación salarial

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido pacífica en señalar que el ejercicio del empleo público conlleva una serie de requisitos y formalidades de orden constitucional que en ningún momento ni bajo argumento alguno pueden ser desconocidos,<sup>1</sup> pues la Carta Política se ha encargado de establecer los requisitos que todo particular debe cumplir para el desempeño de cualquier empleo de la Administración Pública en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.*

*Ningún servidor público entrará a ejercer el cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben...”.*

*“ARTÍCULO 123. (...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.”.*

En ese mismo sentido, el artículo 125 ibídem señala que “...El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije **la ley** para determinar los méritos y calidades de los aspirantes...”, normatividad que permite concluir, en una primera perspectiva,

---

<sup>1</sup> VÉASE ENTRE OTRAS: 54001-23-31-000-2003-01070-01(1280-10); 08001-23-31-000-2003-00661-01(0977-07); 70001-23-31-000-1999-01156-01(1982-05); 54001-23-31-000-1999-00851-01(4198-03); 25000-23-25-000-1999-03346-01(5503-03)

que el ingreso al servicio público está revestido de formalidades, no solamente legales, sino principalmente constitucionales, de forma que para alcanzar la condición de empleado público es necesario que se profiera un acto que ordene la designación, que se tome posesión, que la planta de personal contemple el empleo y que exista disponibilidad presupuestal para atender el servicio. Es decir, que desde un segundo plano, las normas citadas permiten concluir que:

- i) No hay empleo público sin funciones;
- ii) Todo empleo público debe estar contemplado en la respectiva planta de personal;
- iii) Sus emolumentos deben estar previstos en el presupuesto correspondiente<sup>2</sup>;
- iv) La titularidad para ejercer el empleo se adquirirá sólo a partir de la posesión del mismo.

En ese orden de ideas, para el estudio del asunto, debe tenerse en cuenta, que **la relación laboral existente entre servidor público y Estado se encuentra regulada en su totalidad, por la ley**, sin que sea procedente efectuar modificaciones con fundamento en el acuerdo de voluntades.

Es por ello que las funciones de los empleos provienen directamente del ordenamiento legal y no pueden ser determinadas discrecionalmente por un funcionario público y mucho menos por el particular que ingresa al servicio, pues de aceptarse tal situación, *“...se desconocerían las normas que señalan los procedimientos necesarios para establecer las funciones propias de los empleos oficiales y no solo ello, sino también las disposiciones que regulan la creación de cargos en las entidades públicas...”*<sup>3</sup>.

Ha recordado el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo que *“...De la consagración del empleo como una de las instituciones sin las cuales no se materializa un Estado participativo, eficiente y democrático, surge la necesidad de la existencia de otros elementos para su estructuración y determinación, como aquellos*

---

<sup>2</sup> Característica concordante con lo dispuesto en los numerales 14 del artículo 189, 7 del artículo 305, y 7 del artículo 315 de la Constitución Política.

<sup>3</sup> **CONSEJO DE ESTADO.** Sección Segunda - Subsección "A". Consejero ponente: Alberto Arango Mantilla. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Rad.: 25000-23-25-000-1999-03346-01 (5503-03). Actor: Ruth Mercedes Alzate Ledesma. Demandado: Instituto Nacional de Salud.

que hacen relación a la clasificación<sup>4</sup> y nomenclatura<sup>5</sup>, y a la fijación de las calidades a ser acreditadas por los interesados en su desempeño...”<sup>6</sup>, de manera que la solemnidad que se implantó desde la Constitución, respecto al empleo público y sus características, no constituyen simples formalismos, sino que regulan la manera como se legaliza la situación del funcionario ante la Entidad, habida cuenta que “...tratándose del ejercicio de un empleo es necesario que tome posesión del mismo, y para ello el cargo debe estar contemplado en la planta de personal; y, obviamente, para que el Estado se comprometa al pago del nuevo salario es imprescindible que exista el presupuesto disponible para ello...”<sup>7</sup>.

Acorde con lo expuesto, puede concluirse entonces, que la nivelación de los empleos que conforman las plantas de cargos de las diferentes entidades públicas no puede efectuarse, en ningún caso, sin agotar antes, las exigencias fijadas por el ordenamiento jurídico constitucional y legal, pues como lo recordó el Consejo de Estado, “...cualquier movimiento interno debe realizarse por concurso de méritos (ascenso, promoción y provisión) y no por considerar el funcionario que le asiste el derecho a ubicarse en un determinado cargo que figure en la planta de personal...”<sup>8</sup>. Al respecto concluyó la citada Corporación en uno de los pronunciamientos previamente citados que “...Siendo el mérito pilar fundamental de la vinculación de personal al Estado en empleos de carrera administrativa **no sería viable**, a pesar de que la accionante acreditara los requisitos exigidos para ejercer el cargo de Profesional Universitario, código 340, grado 09, y se hubiera comprobado que ejercía funciones propias del mismo, **obviar el concurso y ordenar, por vía judicial, la nivelación salarial pretendida...**”<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> En sentencia C-1174 de 2005, M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño se hizo referencia a la clasificación del empleo público en los siguientes términos: “La clasificación hace alusión a la forma de organización de los empleos públicos en diferentes grupos. Dicha clasificación tiene su origen en la Constitución o en la ley. Con fundamento en la Carta, cuya clasificación atiende a la naturaleza del cargo, los empleos son de carrera -la regla general-, de elección popular, de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Una manera de clasificación tradicional que contempla la ley es por niveles jerárquicos que tiene en cuenta la naturaleza de las funciones asignadas, los requisitos exigidos para el empleo y el grado de responsabilidad. Con base en la clasificación se adoptan otras medidas como la determinación del régimen salarial, el sistema de selección y el régimen de competencia y responsabilidades de los servidores públicos.”.

<sup>5</sup> En la misma sentencia, la Corte Constitucional se refirió a la nomenclatura en los siguientes términos: “La nomenclatura se refiere a los vocablos (denominación) y/o dígitos (código numérico) que se le asignan a un empleo para identificarlo e individualizarlo de los demás.”.

<sup>6</sup> **CONSEJO DE ESTADO**. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia de 8 de mayo de 2008. Rad.: 25000-23-25-000-2003-03311-01 (8361-05). Actor: Gladys Alarcón De Chinchilla. Demandado: Departamento Administrativo de Bienestar Social.

<sup>7</sup> **Ibíd.**

<sup>8</sup> **CONSEJO DE ESTADO**. Sección Segunda - Subsección "A". Consejero ponente: Jaime Moreno García. Sentencia de 15 de febrero de dos mil siete 2007. Rad.: 25000-23-25-000-2001-11500-01 (1863-04). Actor: Miguel Antonio Guevara Rodríguez. Demandado: Hospital Militar Central

<sup>9</sup> **CONSEJO DE ESTADO**. Rad.: 25000-23-25-000-2003-03311-01 (8361-05). Óp. Cit.

En conclusión, debe señalarse que aun cuando se demuestre que el servidor público ha desempeñado funciones propias de un empleo público distinto para el cual fue nombrado y posesionado, **no se puede modificar y/o nivelar su cargo sin que previamente se hubiere agotado el procedimiento legal**, dado que ello vulnera los principios constitucionales sobre los cuales se encuentra estructurada la Función Pública. Así mismo, la mera asignación o ejercicio funciones no permite que el servidor público pueda acceder a un empleo distinto, pues ello iría en contra del mérito como principio constitucional para la provisión de cargos.

#### **4. De la procedencia al reconocimiento de diferencias salariales**

Con lo expuesto hasta aquí no quiere decir el Despacho que en las relaciones laborales de derecho público no se pueda presentar el hecho que el funcionario público desempeñe funciones distintas a las del empleo para el cual fue nombrado y posesionado, pues según lo ha decantado la misma jurisprudencia a que se ha hecho referencia, es claro que tales situaciones existen.

Habría que interrogarse entonces si en estos casos, a pesar que no es viable la nivelación del empleo público, es procedente reconocer a favor del funcionario que desarrolló funciones de un empleo distinto, las diferencias salariales que existen entre uno y otro cargo, aspecto que también ha sido pacífico en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que frente a este tipo de situaciones ha decantado:

*“...La asignación básica mensual señalada en las normas se define en observancia tanto de las funciones y responsabilidades del empleo como de los requisitos exigidos para su ejercicio según las variables denominación, clase y grado. Las normas señalan como variables de clasificación los siguientes: el nivel, que se divide en directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, auxiliar y operativo y que lo determina la responsabilidad, los requisitos exigidos para su desempeño y la naturaleza especial de su funciones; la denominación, que es la identificación del cargo por los deberes, atribuciones y responsabilidades; y el grado, que indica la asignación básica mensual del empleado dentro de la escala salarial progresiva según la complejidad y responsabilidad inherentes al ejercicio de las funciones.*”

*En los manuales de funciones se consignan de acuerdo con las necesidades específicas de la entidad, los deberes de carácter legal que tiene cada funcionario en el cumplimiento del objeto de la entidad a la que presta sus servicios. El manual de funciones contiene entonces de forma expresa y específica, el aporte que el empleado debe realizar para el cumplimiento del objeto de la entidad y en este orden, es el parámetro que define específicamente, la función que acepta realizar un funcionario en el momento de someterse a las normas que lo regulan al tomar posesión de su cargo.*

***No obstante, cuando la administración EXIGE al funcionario el cumplimiento de una función correspondiente a un cargo de grado diferente, la realidad supera la forma, debe primar el acatamiento de principios constitucionales de orden laboral fundamentales como el de igualdad (Negrilla fuera de texto).***

*En este orden de ideas, con la finalidad de hacer realidad y no un simple enunciado teórico el principio salarial “a trabajo igual salario igual” cuyo desconocimiento revela una abierta discriminación, se expidió el 14 de junio la Ley 22 de 1967: “Por la cual se aprueba el Convenio Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado por la Cuadragésima Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra 1958)”. A través de ella se dispuso que el término “discriminación” comprende: “a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación...”<sup>10</sup> (Subraya del texto original).*

Cuando el servidor ejerce funciones de un cargo distinto al que fue nombrado, en aplicación de los principios constitucionales de primacía de la realidad sobre las formas legales e igualdad, es viable compensarlo por haber desarrollado funciones y adquirido responsabilidades superiores a las que juró prestar cuando se posesionó en el empleo público. Al respecto se dijo en pronunciamiento de 21 de octubre de 2010.<sup>11</sup>

*“...Conforme al panorama antes descrito, la Constitución protege el derecho de los trabajadores a recibir una remuneración acorde con las funciones que realiza, pues ello deviene de la aplicación del principio de la realidad frente a las formas, al igual que el derecho a la igualdad (art. 13 C.P.), la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales (art. 53 ib.), el principio de*

<sup>10</sup> CONSEJO DE ESTADO. Rad.: 25000-23-25-000-1999-03346-01 (5503-03). Óp. Cit.

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 21 de octubre de 2010. Rad.: 73001-23-31-000-2002-01855-01(0942-07). Actor: Eusebio Torres Vásquez. Demandado: Departamento del Tolima

*remuneración proporcional a la cantidad y calidad del trabajo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966,<sup>12</sup> en cuanto consagra que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas”.*

*La Sala en aplicación de los principios antes señalados encuentra procedente reconocer el derecho reclamado por la parte demandante de obtener la diferencia salarial y prestacional reclamada.*

*En el presente asunto es susceptible de la protección al trabajo humano, con respecto al demandante a quien la **administración le adscribió funciones no otorgadas en la planta de personal, de manera que la actividad realizada por el actor debe ser compensada.***

*En el derecho laboral administrativo, la administración puede, para cumplir los cometidos Estatales, como regla general, adscribirle funciones al empleado público, quien debe acatarlas, pero estas deben estar acordes con su perfil y labor que desarrolla, y debe, en todo caso, proteger al trabajador en situaciones como la presentada, donde la administración se beneficia de una labor de dirección, simplemente encargando de las funciones al empleado inscrito en carrera administrativa en un nivel de inferior jerarquía, protección que procede bajo la primacía de la realidad frente a las formas.*

*Es cierto que la administración tiene un poder de naturaleza pública para realizar los fines del Estado y por ello tiene la potestad de organización; pero, en casos como el presente, la demostración de la realidad debe imperar y es esta última a la que debe dársele un efecto jurídico.*

*En consecuencia, en el presente asunto debe aplicarse el principio de la primacía de la realidad que impone tener en cuenta lo que verdaderamente sucede y no solamente el tipo de vinculación laboral formal que gobierna al demandante o su inscripción en carrera.*

*(...)*

*Conforme a lo antes expuesto, la Sala debe reconocer a favor del demandante la diferencia salarial y prestacional entre lo que devengó en el cargo y lo que debería recibiría recibir (sic) por esa mayor labor.*

*La diferencia antes aludida se pagará a título de indemnización porque, como ya se indicó, el demandante nunca estuvo bajo la figura del encargo y el sólo hecho de que le adscriban funciones no le otorga ese derecho a percibir la diferencia salarial; lo que ocurre en el presente caso es que la*

---

<sup>12</sup> Que entró en vigor el 3 de enero de 1976, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968 y ratificado el 29 de octubre de 1969

***administración le causó un daño antijurídico al demandante al otorgarle funciones por fuera de las funciones propias de su designación...*** (Negrilla fuera de texto).

Ahora, cabe reiterar que si bien es cierto, jurídicamente es viable reconocer las diferencias salariales que resulten del ejercicio de las funciones propias del empleo superior, con fundamento en los principios constitucionales citados, *“...dicha premisa, no podrá en ningún caso conferirle el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública<sup>13</sup> ...”<sup>14</sup>.*

En cuanto a los elementos o factores que advierten la violación del derecho a la igualdad en materia económica, dijo la Corte en sentencia T-067 de 2001:

***“...7- Respecto del tema específico de la igualdad en materia salarial, ya la Corte se pronunció para determinar los eventos en los cuales ella debe ser igual entre dos trabajadores. Esto ocurre cuando se reúnen los siguientes presupuestos fácticos: i) ejecutan la misma labor, ii) tienen la misma categoría, iii) cuentan con la misma preparación, iv) coinciden en el horario y, finalmente, cuando (v) las responsabilidades son iguales<sup>15</sup> ...”*** (negrilla fuera de texto).

Así también señaló el Consejo de Estado en providencia de 15 de febrero de 2007, que quien pretenda reclamar las diferencias salariales derivadas del ejercicio de funciones de un cargo distinto y de superior asignación, bajo la aplicación de los principios constitucionales a que se ha hecho referencia, debe demostrar *“...que la función que cumple resulta equiparable a la de otro funcionario que se remunera con mayor salario, debe acreditar la identidad de funciones pues sólo la diferencia real en las funciones que la entidad demande o exija del funcionario fundamenta la diferencia salarial...”<sup>16</sup>.*

En conclusión, ha de señalarse que aun cuando es imposible la nivelación salarial, es viable la compensación del servidor público cuando éste ha ejercido por mandato de la Administración, las funciones propias de un empleo que

<sup>13</sup> En este sentido véase Sentencia C-555 de 1997

<sup>14</sup> **CONSEJO DE ESTADO.** Rad.: 25000-23-25-000-1999-03346-01 (5503-03). Óp. Cit.

<sup>15</sup> Sentencia SU-519 de 1997.

<sup>16</sup> **CONSEJO DE ESTADO.** Rad.: 25000-23-25-000-2001-11500-01(1863-04). Óp. Cit.

tiene un grado salarial superior para el que fue nombrado y posesionado, pues se impone la primacía de la realidad sobre las formas legales como principio constitucional. Así mismo, es claro que en aquellos casos que se demuestre que el servidor público desarrolla idéntica labor y se encuentra en iguales condiciones, es posible ordenar, también a título de indemnización, el pago de las diferencias salariales generadas en virtud del principio de igualdad salarial “a trabajo igual salario igual”.

## 5. Caso concreto

Vistos los hechos en que se sustenta la demanda y atendiendo a lo decantado en precedencia, observa el Despacho que el presente caso se enmarca dentro del primer supuesto analizado, esto es, que se está frente a una nivelación salarial que se surtió como producto del agotamiento del procedimiento legal previsto para la modernización de la administración pública, reforma que implicó además una homologación de cargos.

Así entonces, lo primero que ha de señalarse es que no es cierto que los actos administrativos a través de los cuales se concretó la reforma administrativa, hubieren tenido su origen en la existencia de condiciones de desigualdad que el Departamento buscara sanear, pues en este caso, la razón que llevó a la Administración a llevar a cabo la reestructuración fue la modernización de la Entidad Territorial. Al respecto se plasmó en el Estudio Técnico que “...*La Gobernación de Boyacá, en busca de lograr una administración eficiente, oportuna, de calidad y orientada a mejorar las condiciones de vida de sus ciudadanos, que día a día demandan mayores y mejores servicios, emprende para el año 2011 el proceso de Modernización INSTITUCIONAL, el cual permite proponer reformas, mejoras y ajustes a los cambios estructurales y de proceso, con adecuadas plantas de personal, modernizando los manuales específicos de funciones y de competencias laborales que permitan vincular funcionarios competentes e idóneos, para el cumplimiento de sus planes y programas...*” (Pág. 10 Estudio Técnico).

Así entonces, es claro para el Despacho que la homologación del cargo que ocupaba la demandante, tuvo su origen en razones de mejoramiento y modernización, sustentadas en un estudio técnico, que se llamó “*Estudio técnico de modernización de la Gobernación de Boyacá y del ITBOY*” (Anexo 1),

dentro del cual se determinó un análisis de hojas de vida y cargas laborales, una escala salarial propuesta y la determinación de nuevos perfiles.

Según enseña el precitado documento técnico, para llevar a cabo tal reestructuración, la Entidad Territorial dio cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005, disposiciones que delimitan el marco normativo que las Entidades públicas debe acatar en este tipo de reformas, procedimiento que en ningún caso ha sido objeto de reproche por parte de la demandante, ya que su petición se limita a solicitar el pago retroactivo de diferencias salariales causadas con la homologación, pero en forma retroactiva, esto es, con anterioridad a la expedición de los actos administrativos que definieron la homologación y nivelación.

Se encuentra acreditado que acogiendo el estudio técnico, se profirió la Ordenanza No. 034 de 1 de diciembre de 2011, por medio de la cual se ajustó la escala salarial de los empleados públicos de la Administración Central del Departamento de Boyacá, determinando para el nivel Técnico Grado 08, la remuneración de \$1.720.000. La citada Ordenanza dispuso su vigencia a partir de la fecha de sanción (01-12-2011) y determinó en forma expresa no tener efectos retroactivos. (fs. 58-61).

Con posterioridad se expidió el Decreto 1193 de 27 de diciembre de 2011 por el cual se realiza la homologación de grados de los distintos empleos de la planta de personal de la Administración Central del Departamento de Boyacá. Frente al nivel técnico se dispuso en dicho acto que el Técnico Administrativo código 367, grado 42 pasaría a tener como nuevo grado el 08. (f. 53). Luego fue expedido el Decreto 131 de febrero de 2012, por el cual se estableció la planta de personal del Nivel Central quedando vigentes ocho (8) cargos de Técnico Administrativo Código 367 Grado 08. (f.15)

Mediante Decreto No. 132 de 7 de febrero de 2012, se hicieron unas incorporaciones a la Planta de Personal del Nivel Central de la Gobernación de Boyacá, dentro de las cuales se relacionó a la demandante, en el cargo de Secretaria Ejecutiva Código 425 Grado 08 (f. 38).

Lo anterior, desvirtúa el supuesto de hecho en el que se fundamenta la demanda, pues no es cierto que la homologación del cargo que ocupaba la

accionante se hubiere efectuado para sanear circunstancias violatorias del principio de igualdad salarial, pues lo que hizo la Entidad fue adelantar el procedimiento administrativo previsto en la Ley para modernizar su planta de cargos y adaptarla a las nuevas exigencias del servicio.

Así entonces, debe señalarse que como la homologación de empleos fue producto del agotamiento del procedimiento legal respectivo, que incluyó la realización de un estudio técnico previo, en este caso los efectos de los actos administrativos que determinaron la nueva denominación de los empleos y las nuevas escalas salariales, tienen efecto inmediato, esto es, a partir de su vigencia y hacia el futuro, pues tal como lo ha decantado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, “...*La existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la Administración se manifiesta a través de una decisión...*”.<sup>17</sup>

En este caso, el Ente Territorial, previo el agotamiento del procedimiento legal, redefinió no solo las funciones propias de los empleos, sino además su nomenclatura y grado salarial, de manera que, por tratarse de un empleo público, para que el servidor pudiese percibir la nueva asignación salarial, era necesario que **i)** el funcionario se incorporara en el nuevo cargo, **ii)** que dicho empleo fuera contemplado en la planta de personal y **iii)** que se contara con el respectivo presupuesto; pues solo así se podría respetar el mandato de artículo 122 Constitucional cuyos elementos fueron analizados en precedencia.

Por la misma razón, no se puede concluir que es viable el pago de los salarios y prestación previstos para el nuevo cargo, para períodos anteriores, pues con antelación a la expedición de los actos de reforma, la accionante se encontraba en una situación administrativa distinta, fundada también en el precitado artículo 122 Superior, esto es, que se encontraba ocupando un empleo contemplado en la planta cuyos emolumentos estaban previstos en el presupuesto correspondiente.

Aceptar la tesis de la parte actora, implicaría desconocer la precitada disposición constitucional, pues conllevaría a pagar salarios y prestaciones superiores a los previstos para el empleo público contemplado en la planta

---

<sup>17</sup> SENTENCIA C-069 De 1995. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

de personal vigente para los años 2009, 2010, 2011 y enero de 2012, sin que existiese justificación alguna para ello y más importante aún, sin que tales circunstancias estuvieran previstas en el respectivo presupuesto, que como se dijo, constituye pilar fundamental al momento de establecer las plantas de personal de las Entidades Públicas.

El hecho que la Administración decida redefinir su planta de cargos, no permite afirmar que las plantas anteriores eran ilegales y mucho menos violatorias de los derechos laborales de quienes ocupaban los cargos, pues al igual que la nueva planta, debieron ser implementadas atendiendo a los parámetros constitucionales y legales. Para entender este tipo de situaciones, es necesario tener presente que los procesos de reestructuración administrativa obedecen a criterios de modernización y mejoramiento, que imponen a las Entidades adaptarse a las nuevas condiciones sociales, políticas y económicas, con el fin de lograr elevar los estándares de eficiencia y eficacia en la prestación del servicio.

Así entonces, aunque en ocasiones el perfil del empleo, sus requisitos y funciones no tengan mayores variaciones o se prevea un nuevo cargo equivalente, debe concluirse que, dada la formalidad de la función pública, la remuneración prevista para los nuevos empleos, solo es exigible hasta que el empleo anterior desaparece de la planta y el nuevo se incluye en la misma, con el respeto de las exigencias contempladas en el artículo 122 Superior, esto es, previa la existencia de apropiación presupuestal y la respectiva incorporación del funcionario.

Adicionalmente ha de tenerse en cuenta que por regla general, los actos administrativos producen efectos jurídicos desde su vigencia, momento que también por regla general, se entiende desde su expedición, condicionada a su publicación para garantizar su eficacia. Frente al tema, el Consejo de Estado ha explicado que lo normal es que los actos administrativos tengan efectos hacia el futuro:

*“...Tanto nuestro ordenamiento jurídico, como nuestra doctrina y jurisprudencia, acogen el criterio general de que los actos administrativos **tienen efectos hacia el futuro, con fundamento en el principio de la seguridad jurídica, que busca ante todo brindar la certeza y estabilidad de las situaciones jurídicas***

*existentes. Sin embargo, tal postulado tiene excepciones dentro de las cuales podemos precisar, entre otras, las siguientes:*

*a) Cuando el acto administrativo en su contenido es declarativo y no constitutivo; este aserto tiene apoyo, además, en el artículo 58 del Código de Régimen Político y Municipal.*

*b) El acto administrativo que se dicta en cumplimiento de una sentencia emanada de la jurisdicción contencioso administrativa, fruto de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues, el pronunciamiento jurisdiccional tiene efectos ex tunc.*

*c) En algunos eventos el acto administrativo que revoca otro.*

*d) Los actos interpretativos de actos administrativos anteriores. Sobre el particular el artículo 14 del Código Civil dispone que "Las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio.*

*e) Los actos de convalidación..."<sup>18</sup>*

En cuanto a este tipo de situaciones, señaló la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-069 de 1995, que "...El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la Administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual...".

Verificada la escala salarial vigente para el año 2011, fijada en la Ordenanza No. 020 de 8 de agosto de 2011, se determinó la existencia de grados salariales que iban desde el 01 al 69 en los diferentes niveles jerárquicos de los empleos existentes (Pág. 190 anexo 1). Para el caso del cargo Técnico que ocupaba la demandante, según se observa, el grado salarial correspondía al 42, con una asignación básica de \$1.620.000 (pág. 192 anexo 1).

El estudio técnico, propuso definir una escala salarial general en 10 grados (f. 202 Anexo), de conformidad con la determinación de perfiles y para el caso concreto el cargo que ocupaba la actora, pasó a ser Grado 08,

---

<sup>18</sup> C.E. Sala Consulta y Servicio Civil. 7 de septiembre de 2000. Rad. 1294 C.P. Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

con un salario básico correspondiente a \$1.720.000, suma que en criterio del Despacho se hizo exigible a partir de la expedición de los actos con los que se materializó la reforma, habida cuenta que hasta ese momento fue que se cumplió con lo dispuesto en el artículo 122 Constitucional, pues se incluyó el nuevo empleo en la planta, contándose con la respectiva disponibilidad en el presupuesto, circunstancia que se plasmó de forma expresa en la parte motiva del Decreto 001193 de 27 de diciembre de 2010, a través del cual se realizó la homologación, cuando se dijo “...*Que para los fines de este decreto, la subdirección operativa de presupuesto de la Gobernación de Boyacá otorga viabilidad presupuestal...*” (f. 50).

Así las cosas, no es viable pretender un reconocimiento retroactivo del salario previsto para el nuevo empleo, pues ello además que conllevaría al desconocimiento de la legalidad con que se concibió el empleo anterior en la planta, constituiría una violación al principio de irretroactividad, pues ha de tenerse en cuenta que, tal como lo ha determinado la jurisprudencia, “...*por regla general, todo acto administrativo tiene efectos jurídicos y materiales irretroactivos. Sus efectos son hacia el futuro. Por excepción, se reconoce la retroactividad con efectos ex tunc, cuando el acto administrativo incorpora situaciones jurídicas personales o concretas positivas para el titular, destinatarios o terceros, o dan origen a los derechos adquiridos, protegidos por el ordenamiento jurídico vigente...*”<sup>19</sup>.

En conclusión para el Despacho la pretensión de la accionante no tiene vocación de prosperidad y por consiguiente debe negarse las pretensiones solicitadas.

## **6. Costas**

El Despacho se abstendrá de su condena atendiendo a que no se encuentra probada la causación de las mismas, en concordancia con lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Tunja, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

---

<sup>19</sup> RIASCOS, Libardo. El Acto Administrativo. Grupo Editorial Ibañez. Pág 286

**FALLA.**

**PRIMERO: NIEGANSE** las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO: ABSTIÉNESE** de condenar en costas en la presente instancia.

**TERCERO:** Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

**CUARTO: NOTIFÍQUESE** por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**PATRICIA SALAMANCA GALLO**  
Juez