



Título: Micromega

Técnica: Tinta, collage, vinilos
sobre papel mantequilla.

Año:2013

EL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS TERRITORIALES: UNA LECTURA DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO*

* Artículo resultado de la investigación terminada por el autor en el mes de marzo de 2014, y de la cual fue el investigador principal, denominada: FUNCIÓN PÚBLICA Y DERECHO DEL TRABAJO EN COLOMBIA, PERÍODO 2006-2011, aprobada por el Sistema Universitario de Investigación de la Universidad de Antioquia, mediante Acta CODI No.655 de abril 30 de 2013. Financiada por la Universidad de Antioquia..

Fecha de recepción: agosto 15 de 2014

Fecha de aprobación: octubre 22 de 2014

EL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS TERRITORIALES: UNA LECTURA DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO

*Hernán Darío Vergara Mesa***

RESUMEN

El artículo hace una reflexión acerca de la práctica judicial, evidenciada al interior de la jurisdicción contencioso administrativa colombiana, de inaplicar, suspender o anular los actos administrativos emanados de autoridades territoriales, mediante los cuales se regulan aspectos concernientes al régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. Desde una perspectiva crítica, el estudio plantea que tan conforme con la Constitución es una decisión que asegure la integridad del principio de legalidad y de la jerarquía normativa, tal como lo viene haciendo la citada jurisdicción en reiterados fallos, como también lo es la obligación de darle efectividad al principio de protección especial al trabajo, específicamente respecto de la regla de la favorabilidad laboral. Así entonces, no siempre resulta acorde con el modelo constitucional que acoge el Estado colombiano otorgarle primacía a los principios y valores del derecho público en detrimento de los principios e instituciones del derecho del trabajo, los cuales poseen razones de peso suficientes para prevalecer en este tipo de casos.

Palabras claves: Régimen salarial y prestacional, Estado constitucional de derecho, protección al trabajo, legalidad administrativa, favorabilidad laboral.

THE WAGE SYSTEM AND LABOR PROTECTION OF TERRITORIAL PUBLIC EMPLOYEES: A READING SINCE THE LABOR LAW

ABSTRACT

The article is to think about judicial practice, evidenced within the Colombian administrative jurisdiction, refrain from applying, suspend or revoke administrative act issued by local authorities, through which issues concerning the salary and benefits scheme regulating employee public. From a critical perspective, the study suggests that as in accordance with the Constitution is a decision that ensures the integrity of the principle of legality and legal hierarchy, as it has done the aforementioned jurisdiction repeated failures, as is the obligation of give effect to the principle of special labor protection, specifically with regard to the rule of labor favorability. So then, not always consistent with the constitutional model that welcomes the Colombian State grant primacy to the principles and values of public law at the expense of the principles and institutions of labor law, which have sufficient reasons to prevail in this type case.

Key Words: Wage and labor protection system, constitutional state, administrative law, labor favorability.

** Abogado y magíster de la Universidad de Antioquia, candidato a doctor en derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Profesor asociado de la Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Docente de derecho administrativo y del módulo de función pública en las especializaciones de las Universidades Pontificia Bolivariana, Eafit, Medellín y de Antioquia. Integrante del Grupo de Investigación Derecho y Sociedad, Línea de derecho público. E-mail: hernandariovergara@gmail.com

EL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS TERRITORIALES: UNA LECTURA DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO

1. INTRODUCCIÓN

La protección especial al trabajo que ordena la Carta Política en el artículo 25 y que se intenta hacer operativa mediante una serie de reglas consagradas en el artículo 53, como las de la favorabilidad laboral y el no menoscabo de los derechos de los trabajadores, parece tener relevancia sólo en aquellos casos concretos en los que se controvierte la aplicación o interpretación de normas de carácter laboral contenidas en una ley, en una convención colectiva o en contrato de trabajo, así como también reducida usualmente al campo de las relaciones laborales privadas, si se tiene en cuenta la escasa aplicación que se ha observado de las mismas en el ámbito de las relaciones públicas de trabajo y propiamente en las de naturaleza estatutaria.

Por esa razón, el objeto de este trabajo es poner en perspectiva las citadas reglas del principio protectorio del trabajo y, con ellas, plantear una lectura laboral al ejercicio de una de las más importantes competencias constitucionales en materia de derecho administrativo laboral colombiano, como es la definición del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Esta reflexión se deriva de una investigación efectuada sobre el tema, y en la que se indagó por el grado de aplicación que han tenido las fuentes del derecho laboral en la función pública colombiana, específicamente en la máxima instancia de la jurisdicción contencioso administrativa, el Consejo de Estado en su Sección Segunda, que para efectos de las controversias de los empleados públicos cumple el papel de juez laboral. Uno de los aspectos que más llamó la atención de la pesquisa fue la sistemática inaplicación de normas laborales expedidas por diversas autoridades públicas que, como empleadores, creaban o regulaban conceptos salariales y prestacionales que favorecerían a sus servidores; inaplicación que se fundamentó invariablemente en el argumento de que tales autoridades eran incompetentes para definir esta clase de materias, dadas las reglas constitucionales y legales que se refieren al asunto.

Lo particular de los casos examinados es que todo el análisis se realizó a partir de fuentes del derecho público, como los que hacen relación con la legalidad

constitucional y la jerarquía normativa, sin que se hayan incorporado al mismo las instituciones, principios o fuentes del derecho laboral que pudieran estar allí implicadas, ante todo las reglas ya citadas del artículo 53 constitucional.

¿Es admisible, en un modelo de Estado constitucional como el que acoge la Carta Política colombiana, que los argumentos ofrecidos por la justicia administrativa a la hora de fallar asuntos laborales como estos y que son propuestos por los empleados públicos, sean exclusivamente sustentados en normas, principios y fuentes del derecho público, desconociendo de esa manera las propias del derecho del trabajo?

En resolver esta inquietud se concentrará este breve estudio del tema.

2. EL MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LA PROTECCIÓN AL TRABAJO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.

Parece haber un cierto consenso en la doctrina del derecho constitucional y entre los mismos teóricos del derecho, en cuanto que con posterioridad a la segunda guerra mundial, existe una tendencia generalizada en los distintos países europeos y, en las últimas décadas en los latinoamericanos, a la institucionalización o adopción del llamado modelo Estado constitucional democrático de derecho. Como lo destaca Aguiló Regla (2004, pág. 51), este es un modelo que se caracteriza por el diseño de sistemas jurídico-políticos que cuentan con una Constitución rígida o formal, diferenciada de la forma legal ordinaria; que así mismo responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político, esto es, a la limitación del poder político y también a la garantía de los derechos, y que finalmente propone a la Constitución como norma fundadora del orden jurídico, esto es, como máximo referente de identificación, unidad y continuidad.

El referido modelo parece ofrecer una explicación satisfactoria para entender los profundos cambios que se han venido dando en el derecho colombiano desde la expedición de la Carta Política de 1991, así como en el de otros países latinoamericanos, como es el caso de Brasil desde la expedición de la Constitución de 1988 y en Argentina desde la reforma constitucional de 1994.

Colombia, por ejemplo, ha venido transitando paulatinamente hacia la consolidación, de un Estado constitucional de derecho. Al menos la expedición una Constitución Política que se proclama fundada en el respeto de la dignidad humana, en la vigencia de un orden económico y social justo y en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, sugiere un cambio de rumbo en relación con el estado de cosas que se tenían bajo la antigua Carta de 1886

(Corte Constitucional Colombia, sentencia C-288 de 2012). Si a ello se suma la persistente labor cumplida hasta ahora por la Corte Constitucional en darle efectividad a los derechos y demás garantías previstas en la Carta (Rodríguez, 2009, pág. 38ss), podría aceptarse como una premisa de trabajo la adopción de dicho modelo para nuestro país.

Dentro de los variados aspectos que el modelo de Estado constitucional de derecho exige tener cuenta, de acuerdo con los desarrollos teóricos y dogmáticos que lo han abordado, se encuentran: i) la caracterización de las Constituciones como Cartas de derechos, de principios y de valores que inciden definitivamente en la interpretación y aplicación de todas las restantes normas del sistema jurídico (Guastini, 2009, pág. 50ss); ii) la permanente apelación de dichos textos a referentes normativos sustanciales que se reconocen por su indeterminación, generalidad, vaguedad o textura abierta, como es el caso de los principios; (Alexy, 1994, pág. 159); iii) que al tener rango constitucional o equivalente, descartan inicialmente una jerarquía entre ellos (Guastini R. , 2010, pág. 88ss); iv) lo cual implica la inevitabilidad de los conflictos o, mejor, tensiones constitucionales, entre principios, entre valores, entre derechos, o entre unos y otros (Alexy, 2008, pág. 70); y, v) que para solucionar tales tensiones plantea la necesidad de utilizar la ponderación como mecanismo que permite establecer el grado de precedencia entre unos y otros, atendiendo a las particularidades de los casos concretos (Prieto Sanchis, 2010, pág. 136).

Dentro de estos aspectos hay uno particularmente relevante para el análisis del problema propuesto, y es el relativo a la comprensión de la naturaleza y el papel de los principios y derechos fundamentales dentro de dicho modelo, toda vez que existen diversas concepciones al respecto, como por ejemplo la de Alexy (2008, pág. 80), para quien los derechos fundamentales son principios, y éstos a su vez, son mandatos de optimización en cuanto ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes; de manera que ellos no contienen mandatos definitivos sino prima facie, o sea que no existen entre ellos relaciones de precedencia absoluta y que para darles una prevalencia debe realizarse una ponderación en el caso concreto. Pero también, como lo señala Alfonso da Silva, existen otras concepciones con implicaciones diferentes, como aquella que los entiende como “mandamientos nucleares” o ‘disposiciones fundamentales’ de un sistema, de modo tal que “*principios serían, las normas más fundamentales del sistema, mientras que las reglas suelen ser definidas como una concretización de esos principios y tendrían por eso, un carácter más instrumental y menos fundamental*” (2011, pág. 123); entendiéndolos de esa manera, los principios

siempre deberán prevalecer sobre las restantes normas o reglas que se le enfrenten en los casos concretos¹.

Desde la perspectiva que asume la investigación, en cuanto intenta debatir la prevalencia que usualmente se da a los llamados principios de derecho público y repensar el papel que tienen en las relaciones de trabajo de carácter público los principios e instituciones del derecho laboral, se acoge para el análisis la teoría de los principios jurídicos de Robert Alexy. Con ello se acepta que la realización completa de un principio puede ser relativizada por la realización de otro principio o derecho fundamental; de esta manera se descartan principios de precedencia absoluta, y en esa misma medida, que los llamados “principios” duros del derecho público administrativo, como el del interés general o el de legalidad, siempre deban prevalecer sobre los derechos fundamentales laborales que se le contraponen en los casos concretos. Una consecuencia de adoptar esta teoría es que “los derechos deben ceder ante los bienes colectivos sólo cuando la precedencia de un bien colectivo ‘pueda fundamentarse a la luz de principios’ y bajo el entendido de que el “problema de la restricción de los derechos individuales en razón de bienes colectivos no puede resolverse mediante una prioridad absoluta de aquellos sobre estos” (Alexy, 2009, pág. 133ss).

Ahora bien, una de las consecuencias del modelo de Estado constitucional que debe resaltarse es la resignificación del papel de los jueces en la protección de los derechos constitucionales; papel muy significativo en el en el caso de los jueces contencioso administrativos que, en su carácter de contralores de la actividad administrativa, enfrentan permanentemente los conflictos que ocasionan las tradicionales prerrogativas estatales que intentan desplazar los derechos bajo el argumento de la primacía de los intereses generales sobre los particulares. Ese es un tópico central para la discusión, toda vez que el plano público en el que se desenvuelven las relaciones de trabajo que estamos estudiando les hace ser permanentes focos de tensión, que regularmente se solucionan con el sacrificio -justificado o no- de los derechos de los trabajadores públicos, atendiendo prioritariamente a los reclamos del interés general, de la legalidad o de la supremacía normativa, que no siempre aparecen lo suficientemente razonables. El modelo citado implica todo un redireccionamiento de la justicia que juzga al mismo Estado, esto es, a la justicia administrativa entre nosotros, pues ella es la que enfrenta los juicios en los que son frecuentes los conflictos entre los intereses generales y particulares.

1 Los intentos por delimitar los sentidos y alcances de los principios jurídicos han sido diversos. Por todos cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. Sobre principios y reglas, 1991, pág. 103 y ss.

Sarmiento expresa que “la justicia administrativa de un Estado democrático y de derecho destaca la naturaleza conflictual del Derecho público, en una permanente tensión entre intereses públicos e intereses particulares. Los logros del grupo se manifiestan, democráticamente, mediante sacrificios para otros. Este conflicto, la inherente tensión detrás de toda decisión pública, es siempre la última realidad en un proceso contencioso administrativa” (2007, pág. 309). Y enfatiza el mismo autor, que esa característica del derecho público que debe operar el juez administrativo frecuentemente, le exige sacar a la luz el conflicto, no esconderlo, pasando a ser el primer plano de la resolución de los diferentes casos: destapar el conflicto implica analizar las razones detrás de cada parte, en donde juega un papel importante el principio de proporcionalidad.

Por otro lado, este modelo de Estado proclama una especial protección al trabajo, al cual la Carta colombiana le confiere la triple condición de valor, principio y derecho fundamental, y la Corte Constitucional así lo ha defendido en casos concretos que, incluso, atañían a los servidores públicos:

En diversas oportunidades la Corte Constitucional ha manifestado que el trabajo goza de amplia protección en la Constitución, pues define su naturaleza jurídica a partir de una triple dimensión: como valor fundante del Estado Social de Derecho, como principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social del Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador, y como un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social. La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo o de exigirle al Estado el mínimo de condiciones materiales que se requieren para proveer su subsistencia en condiciones dignas, sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada. (Corte Constitucional Colombia, sentencia C-614 de 2009)

Y en otra oportunidad expresó:

...el derecho al trabajo es un elemento esencial inspirador del Estado Social de Derecho, pues como lo establece la disposición constitucional, es una obligación y un derecho de todo ciudadano y por esto el Estado Colombiano, en todos sus niveles, debe protegerlo y garantizarlo bajo condiciones dignas y justas. Para el efecto, la misma Constitución ha establecido unos principios garantes de este derecho. Sin embargo, estos no son los únicos principios que se deben tener en cuenta, ya que

el trabajo comprende la garantía de otros derechos como la integridad tanto física como moral, el derecho a la igualdad, la intimidad, el buen nombre, y la libertad sexual, entre otros. (Corte Constitucional Colombia, sentencia T-881 de 2009)

Hay en todo el discurso del juez constitucional una férrea defensa del trabajo como fundamento del orden político concebido en la Carta de 1991 y ello no puede pasar inadvertido para el ámbito de las relaciones de trabajo que se desarrollan al interior del Estado, y particularmente las de carácter estatutario, las cuales se han categorizado como simples relaciones de servicio, sujetas a la primacía y a la voluntad unilateral del Estado. El redimensionamiento que adquiere este derecho promueve una consideración de esta clase de vinculaciones como verdaderas relaciones de trabajo, susceptibles de ser protegidas tanto como las que se desarrollan en otros ámbitos, lo que a su vez puede poner en términos también diferentes las potestades administrativas que las afectan.

En resumidas cuentas, el Estado constitucional de derecho, que no solamente es un concepto teórico más dentro del discurso jurídico, sino que se vislumbra como una realidad que, con mayores o menores grados de aplicación, es operable en un significativo número de países del mundo, entre ellos Colombia, proporciona elementos muy valiosos para analizar el fenómeno de las fuentes del derecho que son aplicable a las relaciones laborales estatales. Ello es así, en razón de que uno de los capítulos que mayor fuerza cobra en esta forma de Estado es el de los derecho laborales, que son consagrados generosamente por las Cartas Políticas al más alto nivel y con características que le imprimen un rango al menos igual al de otras normas y relaciones jurídicas, sean estas públicas o privadas. A lo cual habría de añadir el plus de protección que esta clase de derechos tiene en el ámbito internacional –que valga agregar no se dispensa a todos los derechos- el cual consiste en su reconocimiento como derecho humano, cuya defensa trasciende al ámbito nacional y se proyecta en los marcos de la convencionalidad que haya sido aceptada voluntariamente por el Estado Colombiano (Molina, 2005, pág. 195).

Si eso es así, debe existir la oportunidad de discutir, desde una perspectiva como ésta, el por qué las normas protectoras del trabajo humano terminan siendo desplazadas constantemente por otras que, como los principios del derecho público administrativo, han sido prevalentes para garantizar los ámbitos de actuación estatal con miras a la protección de la legalidad y del interés general.

3. EL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN COLOMBIA.

La remuneración y las prestaciones sociales son elementos tradicionalmente derivados del derecho laboral, porque suponen la retribución por los servicios prestados

a favor de otro o la protección frente a las diversas contingencias que los mismos puede acarrear para el trabajador; ello cual implica que representan sin más la contra prestación directa por el trabajo humano. No obstante, estos son componentes colmados de restricciones en el ámbito público, porque están sujetos a unos principios presupuestales y de competencias que no se hallan en el orden común, en el cual los empleadores pueden fijar de manera más o menos amplia la remuneración y demás reconocimientos que van a otorgar a sus trabajadores.

Para el efecto, ha de tenerse en cuenta que la remuneración y las prestaciones de los servidores del Estado se constituyen en un gasto público, precisamente porque afectan el presupuesto público, y en esa materia existen una serie de reglas constitucionales que limitan la libertad de concertación o asignación de la remuneración que corresponde a cada empleo. Es así como el artículo 345 de la Carta determina que no puede hacerse erogación alguna con cargo al tesoro público que no se halle incluida en el presupuesto de gastos, el cual debe haber sido previamente aprobado por la corporación pública del respectivo nivel administrativo (Congreso, Asambleas o Concejos), y sólo a iniciativa del gobierno nacional. Es por este cuadro de competencias y de autorizaciones que el procedimiento de asignación de los salarios en el sector público es estrictamente reglado, y responde fundamentalmente a uno de los elementos integrantes del procedimiento de creación de los empleos públicos, al punto de que es a estos empleos a los que se les fija una remuneración determinada -tanto como se hace con las funciones- y no a los empleados que los ocupan, individualmente considerados.

Para dar cumplimiento a estos mandatos constitucionales, la técnica de definición y regulación de los salarios en el sector público y fundamentalmente en el caso del grupo de empleados públicos, debe obedecer a una nomenclatura predeterminada de los empleos, es decir, a una organización jerárquica de los mismos de acuerdo con unos niveles de competencia y de responsabilidad que, como todo lo que se refiere al empleo, debe estar previamente fijado en la ley o en los reglamentos correspondientes.

No existe entonces la libertad que se reconoce a cualquier empleador para que se pacten por las autoridades respectivas los salarios, remuneraciones u otros conceptos que contraprestan el servicio.

Ahora bien, en lo que respecta a la definición de dicho régimen, es importante anotar que desde la misma Carta Política (artículo 150-19) se definen una serie de competencias concurrente entre el Congreso de la República y el Presidente para establecer los diferentes aspectos que lo comprenden, mediante la técnica de la ley cuadro. En virtud de la misma, al primero le corresponde definir las políticas y objetivos generales a los cuales el segundo debe sujetarse para regular el referido

régimen, estando entonces a su cargo la determinación de los diferentes componentes salariales y prestacionales que corresponde reconocer a los empleados públicos de distinto orden. Solo en la materia salarial existe la posibilidad de que las autoridades territoriales puedan intervenir, determinado las escalas de remuneración de las dependencias en el caso de las asambleas departamentales y de los concejos municipales, y fijando las asignaciones básicas de los empleos en el caso de los gobernadores y alcaldes.

Este marco de competencias, de rigurosa configuración legal, es el que la justicia administrativa ha custodiado celosamente de manera reiterada (Consejo de Estado, radicación 20001-23-31-000-2010-00046-02(1078-11), 15 septiembre 2011), planteando categóricamente que la determinación de los salarios y las prestaciones compete al Gobierno Nacional, de acuerdo con los parámetros señalados por el legislador, y no a las Corporaciones Públicas Territoriales, las que, además, tienen prohibido arrogársela. En esto, dicha corporación ha sido coincidente con la Corte Constitucional, quien resume su posición de la siguiente manera:

En estos términos, para la Corte es claro que 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. (sentencia C-510 de 1999)

Estamos entonces ante un asunto de mucha importancia para orden constitucional, en la medida en que no sólo se comprometen competencias de distintas autoridades públicas, sino también diversos factores incidentes en la sostenibilidad financiera del Estado y en el orden administrativo que este dispone para el cumplimiento de la función pública a su cargo.

Por estas y otras razones se puede afirmar que los regímenes salarial y prestacional de los empleados públicos son un verdadero monopolio presidencial, que se traduce en la necesidad de que las diferentes iniciativas de remuneración que se requieran aprobar al interior de la administración pública, tanto nacional como territorial,

deban ser aprobadas mediante actos administrativos emitidos por el Presidente de la República. Ejemplo de ello son los incrementos anuales de las asignaciones básicas de los empleos públicos, que no pueden reconocerse a los servidores titulares de los mismos hasta tanto se hayan expedido los decretos presidenciales correspondientes, en los cuales se fijen bien los porcentajes de incremento, bien los montos máximos, ora la cuantía que corresponde a ciertos conceptos en particular.

4. EL DILEMA JURISDICCIONAL: ¿PROTEGER LA LEGALIDAD O PROTEGER EL TRABAJO HUMANO?

La relevancia del tema que se viene comentando para la organización estatal es evidente, y quizás por eso se hallan múltiples decisiones del Consejo de Estado colombiano, como juez de instancia en los procesos de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, en los que se percibe una defensa categórica del principio de legalidad y de la competencia en materia de definición del régimen salarial y los prestacional de los empleados públicos². Valga decir sin embargo, que dicha Corporación ha sustentado esta defensa a partir de un único argumento: sólo los órganos constitucionalmente establecidos pueden regular el asunto, de acuerdo con la repartición de competencias que en este caso existe, por un lado entre el Congreso de la República y el ejecutivo nacional, y entre los anteriores y las corporaciones públicas y autoridades ejecutivas del nivel territorial, estas últimas cuando se trata exclusivamente del tema salarial y con alcances muy restringidos.

Sin excepción, en todos aquellos casos –de los revisados- en los que esta Corporación conoció de pretensiones de empleados que se sustentaban en conceptos salariales o prestacionales creados por asambleas departamentales o concejos municipales, determinó que éstas no tienen la competencia para establecer salarios ni prestaciones sociales, dadas la exclusividad que la Carta de 1991 dispuso para que este asunto fuera definido concurrentemente por el Congreso y por el Presidente mediante la técnica de la ley marco.

2 Se destacan las siguientes sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo: Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 26 de julio de 2012, Consejero Ponente: Bertha Lucía Ramírez; Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 15 de abril de 2010. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, También la sentencia de la Sección Segunda, Subsección “A”, Radicación número (0515-07). Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, marzo 06 de 2008; la de la Subsección “B”. Radicación número (4688-05). Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, de febrero 25 de 2007, y la de enero 26 de 2006, Radicación número (5719-05). Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla.

Esta conclusión, y el mandato imperativo de la Constitución en cuanto que aparte de estas autoridades ninguna otra puede arrogarse tal facultad, le valió como motivo suficiente al Consejo de Estado para fallar negativamente las pretensiones así sustentadas, como también para declarar, aún *oficiosamente*, la inaplicación por inconstitucionalidad, la suspensión provisional o la nulidad de los actos departamentales o municipales que contemplaban tales conceptos, según fuera el caso. En manifestaciones como esta se resume tal posición: "...las autoridades Departamentales no tienen competencia para crear salarios ni prestaciones y, en consecuencia, cualquier disposición de esa jerarquía que establezca salarios o prestaciones, desbordando lo legal, debe ser inaplicada por inconstitucional." (Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia del 15 de abril de 2010)

Este modo de proceder del Consejo de Estado y de la jurisdicción contencioso administrativa en su conjunto, supuso entonces anteponer, de forma absoluta, los así llamados "principios" de legalidad y jerarquía normativa –que son muy propios del derecho público– sobre los de índole laboral, como el de favorabilidad y el de no menoscabo de las condiciones laborales de los trabajadores, pues en ningún evento la aplicación de los mismos se relativizó o se moduló de acuerdo con las circunstancias del caso concreto.

En efecto, puede acordarse si reparo la falta de competencia de las asambleas departamentales y de los concejos municipales para regular los asuntos salariales y prestacionales de los empleados públicos, al menos desde la expedición de la Carta Política actual. Ello sin embargo no conduce necesariamente a afirmar que la norma derivada de estas autoridades deba siempre ser inaplicada o anulada y por tanto carente de fuerza para regir el caso concreto, bajo el argumento de que este proceder es el que resulta conforme con la Carta (en tanto ésta prohibió que las competencias relativas a dicho campo pudieran ser ejercidas y/o delegadas a las corporaciones públicas territoriales). Ese modo de proceder desconocería otras lecturas igualmente válidas a la luz de la misma Carta y de otros instrumentos jurídicos que avalarían opciones diferentes.

Una lectura desde el modelo de Estado constitucional de derecho al que ya hicimos mención anteriormente y desde el plus de protección que se contempla para el derecho del trabajo integralmente considerado, puede poner las cosas en una dimensión diferente.

Con relación al modelo constitucional, baste recordar que la complejidad del orden constitucional actual genera la idea de un marco axiológico en el que resulta problemática una jerarquización a priori y absoluta de las normas que en ese nivel consagran valores, principios y derechos, lo cual obliga, como lo expresa Alexy (2008, pág. 81), a asignar un peso sólo preliminar a cada uno de ellos, de modo tal

que atendiendo a las circunstancias del caso concreto pueda definirse la prevalencia definitiva que tendrían los derechos y/o principios enfrentados.

¿Por qué concluir que los -así llamados- “principios” de legalidad y jerarquía deben primar siempre sobre cualesquiera otros derechos o principios, si a la larga tiene una consagración al mismo nivel constitucional y la Carta no ha prohijado expresamente una preferencia de unos sobre otros? Podría afirmarse que esa preferencia deriva en gran parte de la práctica judicial, pues si se repara bien el texto Constitucional, tan imperativa resulta la disposición constitucional que expresa que “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley” o la relativa a la regulación salarial y prestacional anotada, como aquella que expresa que “el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado”, así como también que son principios mínimos fundamentales del trabajo, entre otros, la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho” y el que “La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores” (Carta Política, 1991).

Es más, analizando con mayor atención uno de los textos referidos, se puede concluir que en el artículo 53 constitucional no sólo hay disposiciones que ordenan acciones positivas necesarias a cargo de las autoridades públicas y de los empleadores en general, sino que se introduce también un verdadero derecho de defensa a favor de los trabajadores, que se enmarca claramente en la categoría jurídica de prohibición (Alexy, 2009, pág. 54): “*no pueden menoscabar... los derechos de los trabajadores*”. Esta expresión es denotativa de algo que resulta imposible, es decir, que no puede ser decidido, y que en los términos del derecho administrativo se traduce en un objeto jurídicamente imposible para los actos de naturaleza pública, entre ellos los administrativos (Gordillo, 2007, pág. 263). Es razonable entonces pensar que en el leguaje constitucional dicha prohibición se traduce en una predilección por la protección del trabajo humano, al menos en aquellos aspectos que se refieren a la no desmejora de sus condiciones laborales.

De dónde resulta la habitual preferencia por la legalidad o por la jerarquía normativa sobre las reglas específicas del principio protectorio del trabajo, es algo que escapa a los términos de esta reflexión, pero lo que sí es cierto es que no parecen existir razones lo suficientemente contundentes, dogmáticas o teóricas, que reclamen tal preferencia, mucho más si se ofrece en este punto algunas razones adicionales.

La primera se encuentra en la ya mencionada relación que existe entre el modelo de Estado constitucional y social de derecho y la protección del trabajo humano. La Corte Constitucional lo ha resumido del siguiente modo, resaltando lo que significa este derecho y las implicaciones que tiene para los diferentes poderes públicos:

4.1. Desde el Acto Legislativo No. 1 de 1936, artículo 17, el valor del trabajo ha sido uno de los elementos esenciales que orienta las instituciones del Estado, al ser considerado como una obligación social que goza de la especial protección del Estado. El Constituyente de 1991 siguiendo esa línea de pensamiento, consagró desde el Preámbulo de la Carta el deber del Estado de asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia y la igualdad, así como el conocimiento, la libertad y la paz, valores que fueron refrendados en el artículo 1 de la Constitución, al disponer que Colombia como Estado social de derecho se funda en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. La especial protección del trabajo se consagra en la Carta de 1991, en su artículo 25, al disponer que no sólo se trata de un derecho sino de un deber que debe ser garantizado a todas las personas en condiciones dignas y justas. Para completar esa especial protección, se señalaron por el Constituyente unos principios mínimos fundamentales que han de ser observados, entre los cuales se encuentran la igualdad de oportunidades laborales, y una remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo.

La consagración del trabajo como uno de los elementos esenciales en los cuales se funda el Estado social de derecho, y el señalamiento de unos principios mínimos que deben ser observados, no están establecidos en la Constitución Política como meros postulados sino que exigen de todas las ramas del poder público su observancia. En tal virtud, ante la existencia de controversias o conflictos laborales la Constitución debe ser interpretada y aplicada de suerte que los valores y principios que protegen y garantizan los derechos de los trabajadores tengan plena realización en procura de la dignidad de las personas (...).”

Vistas así las cosas, es evidente que los principios que inspiran el Estado Social de Derecho informan el ordenamiento positivo, para venir a interpretar y a integrar sus contenidos, fundamentalmente las regulaciones positivas que disciplinan los derechos fundamentales. (Sentencia SU-484 de 2008)

Tal relación puede ofrecernos una idea de la fundamentalidad que ha venido adquiriendo paulatinamente el derecho del trabajo en Colombia, lo cual no puede pasar inadvertido a la hora de aplicar el derecho, independientemente de cuál sea el ámbito en el que se opere.

La segunda razón tiene que ver con la ya también anotada dimensión que ha logrado el trabajo en el orden jurídico internacional. Baste recordar que el derecho del trabajo se encuentra inmerso en un marco de protección jurídica, una especie de blindaje desacostumbrado para los derechos -pero que los laborales lo tienen- y es que su origen, consagración, perfeccionamiento y protección se dispensa desde normas

internacionales que lo califican como derecho humano, en cuya garantía se entiende comprometida la humanidad entera. Ello no quiere decir que necesariamente los derechos laborales sean todos derechos humanos; tal planteamiento ha sido objeto de muchos debates (Conferencia Internacional del Trabajo, 2012). Sin embargo, como lo señala Canessa Montejo (pág. 144), “la inclusión de los derechos laborales en los instrumentos internacionales de los derechos humanos supuso colocar a este selecto grupo de derechos en la cúspide del ordenamiento internacional, con obligaciones vinculantes para los Estados y sometidos a procedimientos de control internacional”, y ello mismo puede ser considerado como argumento normativo a favor de un mayor peso de los principios y derechos de contenido laboral frente a otros que no lo tienen, como es el caso de los que pertenecen al orden administrativo³.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es absurdo afirmar que en ese escenario, en el que se hallan en conflicto los “principios” de legalidad y de jerarquía normativa con principios básicos del derecho al trabajo como el de la favorabilidad en la aplicación de las fuentes del derecho y el de no desmejora de las condiciones laborales, el contexto jurídico –nacional e internacional- que protege a este último le otorgaría un peso abstracto especial, y sólo ante mejores razones y argumentos, verificables en el caso concreto, podría decirse que debe ceder ante aquéllos. De ahí la razón por la que no se entienda suficientemente por qué el juez contencioso, en este caso el Consejo de Estado en su Sección Segunda, no pone de presente este conflicto y pondera los principios y derechos que están allí comprometidos.

Pero precisemos brevemente cuáles son estos principios, al menos en lo que respecta a la regulación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, y más específicamente los territoriales.

Por un lado están los principios de legalidad y jerarquía normativa; por el otro, el de protección al trabajo, especificado en la regla de favorecimiento al trabajador en la interpretación y aplicación de las fuentes formales del derecho. Valga señalar que sólo en el caso de laboral referido existe una expresa mención constitucional de su carácter de principio, algo ausente en lo que respecta a la legalidad y a la jerarquía normativa, lo cual supone que frente a éstos no existe la suficiente certeza en cuanto a su valor jurídico. Aún así hay que convenir sobre su importancia, dado el carácter fundamental que tanto la doctrina como la jurisprudencia les otorga en la conformación y dinámica de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, y que

3 En este punto es bueno recordar, que Alexy utiliza los conceptos del “carácter prima facie” de los principios, y de los principios como “razones para normas”, a efectos de ser utilizadas dentro de la fórmula del peso, propiamente en aquel punto que responde a la pregunta por el grado de importancia de los principios en colisión y por el peso abstracto que representan. Cfr. (Bernal Pulido, 2009, pág. 37ss)

se respalda en normas como las previstas en los artículos 6, 121 y 150 de la Carta Política. En la práctica judicial, en lo tiene que ver con el tema que nos concierne, se ha hecho notoria su categoría.

Para los efectos de este análisis, y siguiendo a Parejo Alfonso (2009, pág. 26ss), puede decirse que los principios de legalidad y de jerarquía normativa no son en modo alguno referentes jurídicos independientes sino expresión del mismo mandato constitucional consistente en la sumisión de todas las actividades de los órganos del Estado, de sus autoridades y funcionarios al derecho, esto es, a un ordenamiento jurídico que se organiza jerárquicamente por grados, de modo tal que existen normas de un nivel superior, como las constitucionales, las cuales siempre prevalecen sobre otras normas de nivel inferior, cuya característica reside en ser dictadas en virtud de poderes derivados de la Constitución. De suerte que, que en virtud de estos principios, una norma puede ser declarada nula por el organismo judicial competente, tanto porque haya sido dictada sin tener una previa autorización constitucional o legal, como por ser incompatible con normas superiores. En estos casos, se habla regularmente de vicios de incompetencia, bien porque la potestad no ha sido asignada a ninguna autoridad, ora porque se haya otorgado a otra diferente de la que expidió la norma.

Si se observa bien, el problema que presentan los actos expedidos por autoridades territoriales pretendiendo regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos en sus respectivas jurisdicciones, es el de usurpación de competencias, pues de acuerdo con la Carta Política esta facultad está asignada al Congreso y al Ejecutivo, según lo dispone su artículo 150-19. Siendo así, y si tenemos en cuenta que el artículo 4º de la Constitución consagra la supremacía de las normas constitucionales sobre cualquiera otras del ordenamiento jurídico y su aplicación preferente en caso de incompatibilidad, resulta entonces entendible que haya una línea de razonamiento que indique y exija la sanción de los actos departamentales y municipales comentados mediante figuras como la inaplicación, la suspensión provisional o la nulidad, según el caso.

Sin embargo, lo anterior debe contrastarse con el otro extremo, que es el laboral propiamente dicho. Este extremo lo constituye la favorabilidad laboral que, se repite, es enunciado como principio mínimo laboral en nuestra Carta, pero que la doctrina lo ha entendido como una verdadera regla que garantiza la vigencia del que parece ser el único principio del derecho del trabajo: el principio protectorio (Vázquez Vialard, 1982, pág. 191). Teniendo en cuenta esta consideración, la favorabilidad se entiende como aquella regla según la cual “en el supuesto de que una misma situación de hecho sea regulada por dos o más normas que no admiten su aplicación conjunta, debe ser preferida aquella que resulte más favorable para el

trabajador” (Ackerman, 2008, pág. 328). Regla que en palabras de la Corte Constitucional implica que “cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador” (sentencia T-1166 de 2004). A quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es la más benéfica para el trabajador es a quien debe aplicarla o interpretarla (Guerrero Figueroa, 2013, pág. 87), que bien puede ser directamente la administración como empleador o el juez cuando resuelve los conflictos que se le plantean.

Con este entendimiento, es de destacar que el principio de favorabilidad hace abstracción de la jerarquía y de la potencial capacidad que tiene un acto cualquiera de violentar el ordenamiento jurídico. Lo que le interesa al citado principio es que la norma se instale como una fuente formal de derecho laboral, porque regula asuntos concernientes al trabajo humano, además de que ella exista y se encuentre vigente, lo que conducirá a que entre en el cuadro comparativo del conjunto de normas que disciplinan el tema, para que el operador jurídico determine cuál es la más favorable a la situación del trabajador y la aplique efectivamente.

Si bien al hablar de la favorabilidad usualmente se hace mención sólo de las fuentes expresadas en la ley, en los contratos de trabajo y en las convenciones colectivas, no puede desconocerse que en el ámbito público existen multiplicidad de actos jurídicos que tienen el alcance de definir y regular aspectos relativos al trabajo y que ordinariamente se expresan bajo la categoría de *actos administrativos*, denominados formalmente de diversas maneras: decretos reglamentarios, estatutos generales, resoluciones, reglamentos internos, acuerdos municipales, ordenanzas departamentales, directivas, reglamentos de trabajo, circulares y manuales de funciones, entre otros. No puede desconocerse que ellos pueden ser reputados como verdaderas fuentes formales del derecho laboral, pues reglamentan, como ya se dijo, aspectos generales y/o concretos del trabajo humano que se desarrolla en una entidad pública, tanto desde la organización, como de la gestión, la disciplina y los reconocimientos salariales y prestacionales, etc. Piénsese por ejemplo en el acuerdo expedido por el consejo directivo de un establecimiento público, mediante el cual se determina una jornada laboral para dicha entidad de 40 horas semanales (y no de 44 como lo determina la norma general), o de un resolución de director general que aprueba el reconocimiento de estímulos pecuniarios o no pecuniarios a favor de los empleados según los índices de desempeño; o una en la que se definen períodos de pago del salario; o una circular en la que distribuyen cargas de trabajo entre diferentes funcionarios que cumplen el mismo tipo de oficios dentro de una dependencia.

Los ejemplos pueden multiplicarse atendiendo al grado de autonomía que se le otorga a los diferentes organismos públicos en sus actos de creación y al régimen

constitucional y legal al que se adscriben. Si estos actos no son fuentes del derecho del trabajo para esa entidad específica, ¿cómo explicar el carácter obligatorio que tienen para sus destinatarios y los efectos jurídicos que produce su incumplimiento?

La misma teoría de los actos administrativos prolijada por el ordenamiento jurídico colombiano da motivos suficientes para ubicar esta clase de actos dentro de las fuentes del derecho, y mucho más en materia laboral en la que impera la realidad sobre las formas. En efecto, desde una tesis voluntarista (Consejo de Estado, 2013), si bien se consideran actos administrativos sólo aquellas manifestaciones de voluntad que producen efectos jurídicos, en cuanto tienen la capacidad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, bien sea de carácter general, ora de carácter particular, lo cierto es que esa condición la cumplen gran variedad de actuaciones administrativas expresadas de distintas maneras, sean escritas o verbales y hasta las implícitas o tácitas, las cuales pueden incidir directamente en la forma como el empleado: ingresa al servicio (vg. un acto de nombramiento); realiza su labor de acuerdo con unos parámetros de cumplimiento (vg. una circular, directiva, orden de trabajo, reglamento); es evaluado en su desempeño (vg. resolución de calificación); o es retirado del servicio (vg. resolución de insubsistencia), entre otras muchas. Para el derecho del trabajo lo que cuenta es el acto que tiene la virtud de regular las condiciones de trabajo de los empleados, proveniente de una autoridad legal o empleadora, del cual se pueda predicar obligatoriedad, exigibilidad, ejecutoriedad y, en general, consecuencias jurídicas que pueden derivar en una situación favorable o desfavorable sujeta a comparación en un caso concreto.

Ahora bien, la situación problemática que interesa la encontramos en aquellos casos en los que actos jurídicos públicos como estos definen materias que han sido reservadas a otras normas o a otras autoridades. Es el caso del régimen salarial y prestacional que, según las normas citadas antes, es del resorte de las principales autoridades nacionales, en un ejercicio normativo concurrente mediante la técnica de la norma marco, que en materia salarial acepta cierta participación de las autoridades territoriales. Este ha sido un hecho generalizado en nuestro país, en el que prácticamente todas las entidades territoriales, desde hace décadas, regularon aspectos salariales y prestacionales para sus respectivos empleados, pero cuya irregularidad sólo logró completa evidencia desde la expedición de la Carta Política de 1991, y no porque su texto fuera lo suficientemente claro a ese respecto, sino por los desarrollos jurisprudenciales que fueron clarificando el marco de competencias que fijaba la Constitución para dicho asunto.

En materia prestacional, por ejemplo, la notoriedad de la incompetencia sólo vino a resolverse plenamente con la expedición del Decreto 1919 de 2002, por el cual se fijó el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se reguló el

régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial. Antes de estos textos no había la suficiente certeza -como sí parece que la hay hoy- de que las entidades territoriales estaban imposibilitadas para referirse a estos temas; era tal el grado de incertidumbre, y también de aceptación de la utilización de esta potestad por aquéllas, que en materia pensional –punto muy sensible dentro del campo de las prestaciones sociales- la Ley 100 de 1993, ley general de seguridad social integral, convalidó las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad por disposiciones municipales o departamentales.

A ello se suma la tradicional práctica administrativa de nuestro país de regular los diferentes regímenes laborales de los empleados públicos de acuerdo con los niveles administrativos a los que ellos se adscriben, esto es, el nivel nacional y el nivel territorial, de manera tal que se expidieron decretos para fijar uno y otro de manera diferentes y soportados también en diferentes presupuestos. Es el caso de los decretos del año 1968, como el 3135 y el 2400, así como el Decreto 1848 de 1969; o los del año 1978, como el 1042 y el 1045; todos estos regularon asuntos salariales y prestacionales en el orden nacional, sin que se hiciera lo propio para el nivel territorial, algo que dejaba la idea de que éstas entidades podían establecerlos. Sólo para el caso prestacional se logró alguna unificación por virtud del Decreto 1919 ya citado; pero en materia salarial no ha existido uno con el mismo alcance.

Por razones como esas, y no necesariamente por el capricho de las autoridades territoriales, aun subsisten normas que han venido regulando el tema salarial y prestacional para los empleados del Estado en su ámbito territorial. Circunstancias todas estas que exigen ser tenidas en cuenta a la hora de evaluar una decisión judicial mediante la cual -sin más- se inaplica, suspende o anula un acto municipal o departamental que define salarios o prestaciones sociales. Piénsese por ejemplo en el caso de que la jurisdicción contencioso administrativa adopte una de estas decisiones con respecto a la pretensión de que se pague la “prima de vida cara” que un municipio del Departamento de Antioquia reconoce a sus empleados por virtud de acuerdo municipal⁴. La prima de vida cara es, para esa entidad y para sus servidores, *mutatis mutandi*, lo equivalente a la prima de servicios que dispone el Decreto 1042 de 1978 para los empleados del orden nacional. Una decisión de inaplicación, suspensión o nulidad generaría, entre otras cosas, un tratamiento desigual porque estos servidores municipales no tendrían derecho a la prima de vida cara en razón de la inaplicación, suspensión o anulación de la norma que la consagra; pero tampoco tendrían derecho a la prima de servicios porque ésta está

4 Este es un caso real, propiamente el debatido en la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 26 de julio de 2012, radicado: 05001-23-31-000-2005-00971-01(1865-11), Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez.

consagrada sólo para los empleados nacionales. Y el mismo ejercicio puede hacerse en relación con otros conceptos.

Este no es el lugar para resolver concretamente este tipo de conflictos, pero lo que sí puede advertirse es que es exigible a la jurisdicción contenciosa la evidencia del conflicto entre los diferentes principios y derechos que están allí comprometidos; que no lo invisibilice, pues allí hay más que una simple inconstitucionalidad de normas: hay derechos adquiridos, situaciones jurídicas reconocidas, expectativas legítimas de los trabajadores que pueden ser frustradas con la decisión; y qué decir de otros mandatos constitucionales incumplidos, como el no menoscabo de la dignidad y de los derechos de los empleados, igualdad de oportunidades y remuneración mínima, entre otros.

Es más, desde la misma teoría de los actos administrativos resulta incongruente este modo de actuar, si se tiene en cuenta, como ya se dijo, que estos se presumen legales y son obligatorios mientras no hayan sido suspendidos o anulados por el juez competente (Colombia, 2011); nulidad o suspensión que por las implicaciones que tiene, no debe adoptarse en un procedimiento incidental en donde se discute una causa entablada por el empleado, sino en una independiente en la que la pretensión principal sea el juicio de constitucionalidad del acto, y en el que se puedan advertir con mayor amplitud los efectos que una nulidad en tal caso tendría sobre los derechos del grupo trabajadores públicos que se benefician de la norma, ante todo en términos de igualdad en relación con sus pares del ámbito público⁵.

Este proceder se hace necesario atendiendo al modelo constitucional que adopta nuestra Carta Política y a la protección que ella misma y las normas internacionales del trabajo dispensan para el trabajo humano, independientemente del ámbito y de las condiciones en que se desarrolle.

En definitiva, en lo que concierne a la definición abstracta del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, se constata en todos los casos que fueron objeto de revisión una ausencia total de aplicación de las fuentes del derecho laboral y, por lo menos, de razonamientos que pusieran en evidencia la existencia de colisiones entre los “principios” del derecho público y los principios y/o derechos de carácter laboral. El Consejo de Estado se percibe en estos casos como un tribunal que realiza una labor de aseguramiento de la integridad abstracta del ordenamiento

5 Este proceder no es exótico en el ámbito judicial colombiano, cuando se trata del control de constitucionalidad de las leyes, pues la Corte Constitucional en muchos casos ha hecho pronunciamientos que intentan moderar los efectos de sus fallos de inexecutable, buscando que el ordenamiento jurídico constitucional quede salvaguardado integralmente. Cfr. OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Tipología de Nuestras Sentencias Constitucionales*. En: Universitas, 2004.

jurídico, sin preocuparse por advertir los grados de afectación que sus decisiones conllevaban para las garantías fundamentales, específicamente laborales, que ese mismo ordenamiento prevé para quienes tienen la condición de trabajadores.

Ahora bien, se podría decir que eso es lo que se espera de un juez que controla la actividad administrativa y que, como tal, debe velar porque el ejercicio de las competencias que el ordenamiento jurídico ha consagrado a favor de las autoridades sea estricto, pues de otra manera se comprometerían los fundamentos mismos de Estado de derecho, que sustenta también al modelo constitucional, en el cual las funciones y competencias son regladas, improrrogables e indisponibles; y de hecho es así como lo disponen las normas que ordenan el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, en la cuales se contiene un mandato claro de preservación del orden jurídico (Colombia, 2011, art. 103). Sin embargo, es de tener en cuenta que esas mismas disposiciones le imponen al tiempo el deber de garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley, y esa es la disyuntiva a la que permanentemente se ve sometido el juez administrativo que, por un lado, es tutor de los derechos ciudadanos, pero por el otro, es igualmente protector de las prerrogativas de la administración, que tienen como propósito facilitarle la consecución del interés público (Cassese, 1994, pág. 57).

Se trata en tales casos de una tarea jurisdiccional manifiestamente paradójica -que no se halla propiamente en otros ámbitos-, pues las prerrogativas y potestades administrativas difícilmente pueden subsistir al margen del sacrificio de los derechos e intereses particulares que se le enfrentan. Como lo recuerda Sarmiento (2007, pág. 309), el contenido conflictual es una condición casi natural del derecho público, y las tensiones que allí se presentan hacen inevitable la utilización de herramientas que aseguren la menor afectación de los derechos cuando se concluya que ellos deben ceder ante los intereses generales que representa el Estado.

Es forzoso, por tanto, y en un contexto en el que los derechos son un fundamento de legitimidad del Estado, que en este tipo de casos el juez recurra a las metodologías de la proporcionalidad. Esto, no sólo porque es un proceder necesario en el contexto de Estado constitucional de derecho que se proclama en nuestra Carta Política -al punto de que ya es una metodología usual en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, operada en todos aquellos casos en que se utilizan potestades administrativas en detrimento de derechos e intereses particulares o subjetivos⁶- sino también porque se trata de una de las reglas que el ordenamiento

6 Entre otras muchas, en la sentencia C-309 de 1997, la Corte expresó al respecto: “Esta Corporación recurrirá al llamado juicio de proporcionalidad, el cual ha sido ampliamente utilizado en anteriores ocasiones con el fin de determinar si un trato diferente o una restricción de un derecho se ajustan a la Carta. Según tal juicio,

jurídico-administrativo colombiano tradicionalmente ha previsto para el control la actividad administrativa, ante todo cuando ella es marcadamente discrecional⁷.

Y teniendo en cuenta lo anterior, cuando de lo que se trata es de apelar a la proporcionalidad, principio consustancial al modelo de Estado social y constitucional de derecho (Alexy, 1994, pág. 159), resulta ineludible aceptar que los principios y los derechos que se le asimilan no guardan entre sí relaciones de precedencia absoluta, sino de precedencia condicionada (Alexy, 2008, pág. 76), cuya prevalencia sólo puede establecerse en los casos concretos, a partir de la realización de tres clases de juicios: i) el de adecuación, ii) el de necesidad y iii) el de proporcionalidad en sentido estricto (Alexy, 2009, pág. 101).

Hacer el análisis puntual del ejercicio de las potestades públicas que se involucran en la definición del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, a la luz del principio de proporcionalidad que plantea la teoría más aceptada sobre el tema, escapa a los términos del presente estudio, al cual le ha interesado, ante todo, poner en evidencia parte de los problemas que acarrea para la protección de los derechos -en este caso los laborales- la continuidad de un control jurisdiccional de los actos administrativos ajeno a las circunstancias y a los intereses legítimos de los empleados del Estado, con mucha mayor razón cuando él está sustentado en fuentes exclusivamente de derecho público, sin reparar en la existencia de otro conjunto normativo que tiene allí una legítima vocación de aplicabilidad y puede provocar, bajo el carácter tuitivo que lo caracteriza y desde el nivel de garantía que se le dispensa, otras conclusiones menos onerosas para los derechos que resguardan al trabajo humano, y por qué no, de su carácter prevalente.

Seguramente que un análisis de esta índole provocará serias reflexiones sobre el papel que ha venido cumpliendo el juez administrativo cuando juzga causas laborales que derivan su origen conflictivo del ejercicio de potestades administrativas que, a su vez, se presumen realizadas con una finalidad de interés general. La respuesta

cuando diversos principios constitucionales entran en colisión, corresponde al juez constitucional no sólo estudiar la constitucionalidad de la finalidad perseguida por la medida examinada sino, además, examinar si la reducción del derecho es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado. Para ello, debe el juez primero determinar si el trato diferente y la restricción a los derechos constitucionales son “adecuados” para lograr el fin perseguido, segundo si son “necesarios”, en el sentido de que no exista otro medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido y, tercero, si son “proporcionados stricto sensu”, esto es, que no se sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer”.

7 Ley 1437 de 2011 (CPACA): “Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. Esta es la misma regla que figuraba en el anterior CCA (Decreto 01 de 1984), artículo 36.

al menos simple a las preguntas formuladas desde los tres juicios antes citados exigiría grados de argumentación superiores a los que se hallan actualmente en las decisiones que adopta esta jurisdicción. Y esta propuesta debería no sólo abarcar las medidas legislativas o administrativas que se adoptan en materia de regulación laboral, sino las mismas sentencias en las que se hacen juicios abstractos de legalidad y que, por ende, operan a la manera de legislación negativa (Kelsen, 1995, pág. 318), en cuanto producen la no aplicación de la norma administrativa territorial, o la suspensión de sus efectos o, lo que es recurrente, su retiro del ordenamiento jurídico. (Carta Política, 1991, pág. arts. 236 y 237)

CONCLUSIÓN.

La posición que ha mantenido el Consejo de Estado como juez de las causas laborales de los empleados públicos, en el punto relativo a la definición abstracta del régimen salarial y prestacional que les es propio, puede caracterizarse del siguiente modo:

Primero, no se sustenta en un discurso de la Constitución como Carta de derechos, de principios y de valores que pudieran incidir en la interpretación y aplicación de las restantes normas del sistema jurídico, entre ellas, las concernientes al marco de competencias establecido para fijar los más importantes conceptos laborales que retribuyen el trabajo realizado por los empleados públicos a favor del Estado.

Segundo, no visibiliza el conflicto existente entre el llamado “principio” de legalidad y los derechos laborales implicados en una situación en la que se hace control de la legalidad de actos administrativos que fijan el citado régimen.

Tercero, no determina el peso que cada uno de estos principios y derechos tiene a la hora ordenar la primacía de unos sobre otros, con lo cual da la impresión de que maneja una teoría de los principios cercana a la de la *fundamentalidad*, y por tanto alejada de la concepción plural de los derechos que sustenta la Carta de 1991. De esa manera, el Consejo de Estado parece aceptar que el “principio” de legalidad tiene una connotación absoluta y siempre prevalente, en cualquier circunstancia, sobre los derechos laborales de los empleados públicos.

Y, cuarto, no justifica con una base teórica explícita las razones que le conducen a ordenar la primacía anotada. Lejana está entonces esta corporación judicial de una metodología de la proporcionalidad que ofrezca mayores niveles de razonabilidad a sus decisiones, y en particular, en todos aquellos eventos en los que tales decisiones constituyen directamente el factor de sacrificio de garantías laborales consagradas en la Constitución y en las normas internacionales del trabajo suscritas por Colombia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Ackerman, M. (2008). Los principios del derecho del trabajo. En M. Ackerman, *Tratado de derecho del trabajo. Teoría general del derecho del trabajo* (Vol. I). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-culzoni.
- Aguiló Regla, J. (2004). *La constitución del estado constitucional*. Lima: Pelestra-Temis.
- Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales* (2ª ed.). Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Alexy, R. (2009). *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alfonso da Silva, V. (2011). Principios y reglas: mitos y equívocos acerca de una distinción. En G. y. Beade, *Desafioso a la ponderación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Atienza, M. y. (1991). Sobre principios y reglas. *Cuadernos de Filosofía do*(10).
- Bernal Pulido, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Canessa Montejó, M. (s.f.). Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral. *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*.
- Carta Política, C. (1991).
- Cassese, S. (1994). *Las bases del derecho administrativo*. Madrid: INAP.
- Colombia, R. d. (2011). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Colombia.
- Comanducci, P. (2010). *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Conferencia Internacional del Trabajo, I. r. (2012).
- Consejo de Estado, Rad.15001-23-31-000-2007-00621-01(1449-12) (Sección Segunda 7 de Marzo de 2013).
- Consejo de Estado, radicación 20001-23-31-000-2010-00046-02(1078-11), 15 septiembre 2011.
- Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia del 15 de abril de 2010 (Sección Segunda).
- Corte Constitucional Colombia, sentencia C-288 de 2012.
- Corte Constitucional Colombia, sentencia C-510 de 1999 .
- Corte Constitucional Colombia, sentencia C-614 de 2009.
- Corte Constitucional Colombia, sentencia T-1166 de 2004.
- Corte Constitucional Colombia, sentencia T-447 de 2008.
- Corte Constitucional Colombia, sentencia T-881 de 2009.

- Corte Constitucional Colombia, sentencia T-881 de 2009.
- Corte Constitucional Colombia, sentencia SU-484 de 2008.
- Gordillo, A. (2007). *Tratado de derecho administrativo* (9 ed., Vol. 3). Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo.
- Guastini, R. . (2009). La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Guastini, R. (2010). *Teoría de la interpretación constitucional* (2ª ed.). Madrid: Trotta.
- Guerrero Figueroa, G. (2013). *Principios fundamentales del derecho del trabajo* (1ª ed.). Bogotá : Leyer.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría general del derecho y del Estado* (2 ed.). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Molina, C. (2005). *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano*. Bogotá: Temis.
- OIT. (2012). Conferencia Internacional del Trabajo 101.
- Parejo Alfonso, L. (2009). *El concepto de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Prieto Sanchis, L. (2010). Principia iuris: una teoría del derecho no (neo) constitucionalista para el Estado Constitucional. En M. y. Carbonell, *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, C. (2009). *La globalización del Estado de derecho*. Bogotá: Unidandes.
- Sarmiento R, D. (2007). *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo – un análisis jurídico desde el derecho español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vázquez Vialard, A. (1982). *Tratado de Derecho del Trabajo* (Vol. II). Buenos Aires, Argentina: Astrea.