



Concepto 207121 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000207121

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000207121

Fecha: 25/06/2019 10:04:10 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: REF. REMUNERACION.- ¿Es procedente el reconocimiento y pago de la prima de vida cara cuando existe un pronunciamiento del Consejo de Estado que declaró la nulidad de la ordenanza 34 de 1973 y subsiguientes? Radicación No. 20192060178622 del 22 de mayo de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sobre procedencia del reconocimiento y pago de la prima de vida cara, correspondiente al año 2018, cuando existe un pronunciamiento del Consejo de Estado que declaró la nulidad de la ordenanza 34 de 1973 y subsiguientes, me permito manifestar lo siguiente:

Es necesario indicar que para el caso de los servidores públicos del Departamento de Antioquía la prima de vida cara se encontraba dispuesta en la Ordenanza 34 de 1973, modificada por las Ordenanzas 33 de 1974, 31 de 1975 y 17 de 1981.

De otra parte, se tiene que el Consejo de Estado en sentencia de segunda instancia de los procesos 0091-2012 y 1231-2014 del 12 de abril de 2018 declaró la nulidad de las ordenanzas 34 de 1973, 33 de 1974, 31 de 1975, 17 de 1981 y de los numerales 4 y 5 del artículo 1 del Decreto 001 de 1981.

Ahora bien, es necesario a los efectos de las sentencias de nulidad de los actos administrativos, la Ley 1437 de 2011, establece:

“ARTÍCULO 189. Efectos de la sentencia.- La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente sus decretos reglamentarios.

Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes...” Subraya nuestra

De acuerdo con la norma, la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes, igualmente, señala la norma que cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente sus decretos reglamentarios, en consecuencia, se colige que a partir de la declaratoria de nulidad de las ordenanzas 34 de 1973, 33 de 1974, 31 de 1975, 17 de 1981, se entenderán nulas las ordenanzas o decretos que reglamenten el reconocimiento y pago de la prima de vida cara, como es el caso de las ordenanzas 33 de 1980 y 8 de 1981.

Es preciso indicar que las declaratorias de nulidad tienen efectos hacia el futuro, únicamente tendrán efectos retroactivos sobre situaciones o hechos no consolidados, como el mismo Consejo de Estado lo ha indicado en diversas oportunidades, ello quiere decir que de manera general las sentencias de nulidad generan efectos jurídicos a partir de la fecha de expedición de la norma y de manera excepcional desde la ejecutoria de la sentencia, al respecto el Consejo de Estado ha manifestado:

“los efectos del fallo de nulidad afectan e inciden en las situaciones que se encuentran en discusión ante las autoridades administrativas a jurisdiccionales, toda vez que respecto de los actos administrativos particulares, la declaratoria de nulidad de un acto general produce efectos extunc-, esto es que se retrotraen al momento en que nació el acto administrativo viciado de nulidad. Así que, si al momento de proferirse la

sentencia de nulidad los actos administrativos particulares se encuentran en discusión ante las autoridades administrativas o están demandados ante la jurisdicción contenciosa, que es precisamente el caso que se presenta en relación con los actos administrativos que determinaron oficialmente el impuesto a cargo de la actora, no puede considerarse que la situación jurídica particular se encontraba consolidada a la fecha en que se profiere el fallo de nulidad [6 de marzo de 2003, expediente 13022]". " En reiterada jurisprudencia, esta Sección ha precisado que los fallos de nulidad producen efectos "ex tunc", es decir, desde el momento en que se profirió, el acto anulado, esto es, que por tener efectos retroactivos las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban, antes de la expedición del acto anulado. De igual manera, se ha señalado que la sentencia de nulidad que recaiga sobre un acto de carácter general, afecta las situaciones que no se encuentren consolidadas, esto es, que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa [27 de octubre de 2005, expediente 14979". (Subraya fuera de texto)

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto con Radicación número 1.672 del 23 de agosto de 2005, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, con relación a los efectos de la sentencia de nulidad, precisó:

"3. Efectos de la sentencia de nulidad. Es claro que una vez desvirtuada la presunción de legalidad de un acto administrativo - en el presente caso de uno del orden territorial - por desconocer las condiciones de ejercicio de las potestades tributarias a las que debía sujetarse, la declaratoria de nulidad trae consigo la pérdida de validez y de vigencia del acto administrativo, y con ello, de su fuerza ejecutoria, pues conforme al artículo 66 del Código Contencioso Administrativo todo acto administrativo es obligatorio mientras no sea suspendido o anulado por la jurisdicción especializada. En consecuencia, los artículos anulados del Acuerdo 32 ya no forman parte del ordenamiento jurídico, y no son fuente de la obligación tributaria sustancial del impuesto a la telefonía, pues éste perdió su causa y legitimidad para su cobro, al igual que las cargas o deberes secundarios de percepción, recaudo y traslado de los recursos derivados de la existencia del tributo. Debe afirmarse entonces, que después de la ejecutoria de la sentencia, no procede liquidación, cobro o recaudo alguno del impuesto inexistente y los recursos que con posterioridad a ella se hayan percibido, deben ser devueltos de oficio a los contribuyentes.

De otra parte, es bueno recordar que el examen de legalidad o de constitucionalidad del acto administrativo se realiza respecto del cumplimiento de las exigencias que debían cumplirse al tiempo de su expedición, de manera que, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, los efectos de la sentencia de nulidad se producen desde el momento en que ésta se ejecutorió, sin que ello afecte las situaciones consolidadas o los derechos reconocidos bajo el amparo de la disposición anulada. Así lo ha sostenido esta Sala:

"Si bien el juzgamiento de la legalidad del acto administrativo general se realiza respecto de la observancia o no de las normas legales a las cuales debía sujetarse su expedición, esta situación jurídica debe distinguirse de la intangibilidad de los actos individuales producidos durante su vigencia, pues en aras de la seguridad jurídica de las relaciones del Estado con sus administrados, la decisión no debe afectar la existencia, fuerza ejecutoria y validez de dichos actos administrativos de carácter particular. En efecto, es bueno recordar que están de por medio situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos que han de ser garantizados, máxime cuando esos actos continúan amparados por la presunción de legalidad."(2)

Por su parte la Sección Cuarta de esta Corporación, ha reiterado su posición (3) coincidente, tanto sobre los efectos de la sentencia de nulidad como sobre la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas y no consolidadas, en providencia de junio 16 de 2005, en la que afirma:

"... ha sido reiterada la jurisprudencia de ésta Corporación al precisar que éstos son "ex tunc", es decir, que producen efectos desde el momento en que se profirió el acto anulado.

Igualmente se ha indicado que la sentencia de nulidad que recaiga sobre un acto de carácter general, afecta las situaciones particulares que no se encuentren consolidadas, esto es, que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante la jurisdicción contencioso administrativa." (Negrillas de la Sala)

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de abril de 2012, expediente 11001-03-27-000-2012-00010-00 (19330) M.P. Hugo Fernando bastidas Barcenás, señaló:

"Lo primero que conviene decir es que, en general, las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho tienen por objeto que se declare la nulidad de actos administrativos que infringen normas de carácter superior. No obstante, mientras que con la acción de simple nulidad se persigue la defensa de la legalidad, del orden jurídico en abstracto, con la de restablecimiento del derecho se busca no sólo la defensa del ordenamiento jurídico, sino el resarcimiento de un derecho subjetivo lesionado por un acto administrativo. Ahora bien, en principio, la naturaleza del acto administrativo es lo que define el tipo de acción que debe ejercerse. Por ejemplo, si se trata de un acto administrativo de contenido particular y concreto, la acción apropiada sería la de nulidad y restablecimiento del derecho. En este caso, el juez administrativo no sólo examinará la legalidad de tal acto, sino que determinará el perjuicio que se hubiera causado. A contrario sensu, si el acto es de carácter general, la acción de simple nulidad sería adecuada para cuestionar la legalidad del acto administrativo. El juez administrativo, en el último caso, únicamente examinará la legalidad de tal acto. Sin embargo, esta Corporación, en aplicación de la denominada teoría de los motivos y las finalidades, ha considerado que la acción de simple nulidad también procede excepcionalmente contra los actos particulares y concretos en los casos en que "la situación de carácter individual a que se refiere el acto, comporte un especial interés, un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos. De otra parte, el criterio jurisprudencial así aplicado, habrá de servir como de control jurisdiccional frente a aquellos actos administrativos que no obstante afectar intereses de particulares, por su contenido y trascendencia impliquen, a su vez, el resquebrajamiento del orden jurídico y el desmejoramiento del patrimonio económico, social y cultural de la Nación". Se permite demandar en acción de simple nulidad los actos administrativos de contenido particular cuando representen un

interés superior y significativo para la comunidad en general, porque amenacen el orden público, social o económico del país. Es decir, en esos casos, la acción de nulidad contra actos administrativos particulares se mira apropiada para preservar exclusivamente la legalidad y la integridad del orden jurídico. Desde luego, que, en ese caso, la sentencia solamente producirá el efecto buscado por el actor y querido por la acción, esto es, la restauración del orden jurídico en abstracto y nunca podrá producir el restablecimiento del derecho subjetivo que se hubiera afectado. La restauración del orden jurídico en abstracto puede implicar el restablecimiento de derechos vinculados directamente al interés público y no de derechos vinculados a la esfera patrimonial de quien no demandó en la acción pertinente y de manera oportuna. Si el restablecimiento de derechos subjetivos fuere automático, por el solo efecto de la nulidad, la acción de simple nulidad no procede, a menos que se hubiere interpuesto a tiempo para tramitarse como acción de nulidad y restablecimiento del derecho.”

Teniendo en cuenta lo anterior, se considera que a partir de la declaratoria de nulidad de las ordenanzas 34 de 1973, 33 de 1974, 31 de 1975, 17 de 1981 no es procedente la aplicación de sus disposiciones, en consecuencia, no es viable el reconocimiento y pago de la prima de vida cara para los servidores públicos de las entidades u organismos del Departamento de Antioquía.

Así mismo, es importante señalar que a la administración le es imposible reconocer y pagar salarios o prestaciones que se encuentren fuera del marco de la ley.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó: Dr. José Fernando Ceballos

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:49:05