



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”

Consejera Ponente: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ (E)

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 150012331000200502617 01

Número Interno: 4017-2013

Actor: MYRIAN VERA ALBARRACÍN

Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ

Instancia: SEGUNDA –DECRETO 01 DE 1984-

Autoridades Departamentales

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 4 de agosto de 2015, después de surtidas a cabalidad la demás etapas procesales, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 21 de junio de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que negó las pretensiones de la demanda presentada por Myrian Vera Albarracín contra el Departamento de Boyacá.

ANTECEDENTES

MYRIAN VERA ALBARRACÍN por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85



del Código Contencioso Administrativo, demandó del Tribunal Administrativo de Boyacá la nulidad de las Resoluciones 136 de 10 de marzo de 2005, 0174 de 20 de abril de 2005 expedidas por el Secretario General del Departamento de Boyacá y de la Resolución 0131 de 16 de mayo de 2005 expedida por el Gobernador del Departamento de Boyacá mediante las cuales se reconoció y ordenó el pago de los salarios y prestaciones sociales con ocasión de su desvinculación en el Hospital San Salvador de Chiquinquirá.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene al Departamento de Boyacá, reconocer y pagar las cesantías, vacaciones, bonificaciones y demás derechos laborales dejados de devengar desde el 2001, sumas que deberán ser debidamente indexadas. De igual manera, el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, de conformidad con la Ley 244 de 1995¹.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

MYRIAN VERA ALBARRACÍN se vinculó al Hospital San Salvador de Chiquinquirá el 2 de noviembre de 1983 en el cargo de Auxiliar de Enfermería, inscrita en carrera administrativa. Durante el tiempo que laboró en el Departamento de Boyacá al servicio del Hospital se caracterizó por cumplir con las funciones encomendadas.

¹ Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones



Señaló que dada la indefinición jurídica que tenían los empleados al servicio del Hospital San Salvador de Chiquinquirá se procedió a solicitar concepto ante el Consejo de Estado para determinar la naturaleza jurídica de la institución citada y del carácter de los trabajadores que venían prestando sus servicios.

Manifestó que la Sala de Consulta del Consejo de Estado mediante concepto 1585 del 23 de julio de 2004² determinó que la naturaleza jurídica de la entidad es de derecho privado, la cual en virtud de la organización del Sistema Nacional de Salud recibió aportes del Estado para su mantenimiento y para el pago de las prestaciones sociales y salariales de sus funcionarios. En relación con el carácter de los trabajadores, entre los que se encuentra la actora, indicó que son empleados públicos, salvo los trabajadores oficiales consagrados en la Ley 10 de 1990³.

Acogiendo el anterior concepto, el Gobernador del Departamento de Boyacá profirió el Decreto 1370 del 19 de noviembre de 2004⁴, mediante el cual desvincula a varios empleados públicos y trabajadores oficiales del Hospital San Salvador de Chiquinquirá, encontrándose dentro del listado contenido en el citado Decreto.

² Consejera Ponente doctora Susana Montes de Echeverri

³ Por la cual se organiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones

⁴ Por el cual se desvinculan del departamento de Boyacá unos empleados públicos y trabajadores oficiales que han venido laborando en el Hospital San Salvador de Chiquinquirá, entidad de derecho privado.

Mediante Resolución 0136 del 10 de marzo de 2005⁵, el Secretario General del Departamento de Boyacá, dispuso liquidar a favor de la actora las prestaciones sociales y demás emolumentos adeudados al 21 de noviembre de 2004 arrojando un total de \$35.886.862.

Esta liquidación no tuvo en cuenta factores de liquidación causados entre el 2 de noviembre de 1983 y el 21 de noviembre de 2004, pues no se liquidaron los intereses de las cesantías, la prima de antigüedad, la bonificación por servicios, la prima de vacaciones, la prima de servicios, la prima de navidad, desde el 2001 en adelante, así como la proporcionalidad de la prima de vacaciones del año 2004, la compensación de las vacaciones, entre otros derechos laborales dejados de reconocer y pagar.

Indicó que el Decreto 1006 de 1 de julio de 1993⁶ facultó a los Directores de los Hospitales del Departamento para el reconocimiento de derechos económicos adquiridos por los funcionarios en virtud de la Ley 10 de 1990 y el artículo 3° del Decreto 1243 que tuvieron la naturaleza de empleados públicos, en los siguientes términos:

Artículo Primero: Facultar a los Directores de los Hospitales (...) San Salvador de Chiquinquirá, para que discrecionalmente profieran actos administrativos en orden a reconocer los derechos económicos adquiridos de los funcionarios de sus respectivos Hospitales, que de acuerdo con la Ley 10 de 1990 y el artículo tercero del Decreto 1243,

⁵ Por la cual se reconoce y ordena el pago de los salarios y prestaciones sociales que se le adeudan y a que tiene derecho un empleado público con ocasión de su desvinculación y quien venía laborando en el Hospital San Salvador de Chiquinquirá.

⁶ Por medio del cual se faculta a los Directores de algunos Hospitales del Departamento para mantener reconocimientos laborales de contenido económico a sus servidores y se dictan otras disposiciones.



tengan el carácter de empleados públicos y hayan sido vinculados legalmente a las Instituciones antes del 29 de septiembre de 1992.

Artículo Segundo: En todo caso la facultad discrecional a que se refiere el artículo primero del presente Decreto, deberá sujetarse como máximo a los siguientes reconocimientos: prima de navidad, prima de vacaciones, vacaciones, prima de servicios, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados, prima de alimentación, subsidio de transporte, bonificación por retiro voluntario, auxilio funerario, recargos nocturnos, cesantías e intereses a la cesantía.

En virtud de tal competencia, el Director del Hospital de San Salvador de Chiquinquirá expidió la Resolución 915 de 12 de noviembre de 1993 por el cual reconoció que los derechos económicos se causaron para aquellos servidores, con anterioridad al 29 de septiembre de 1992.

Señaló que el Decreto 1006 y la Resolución 915 de 1993, establecieron las prestaciones allí previstas sin que hubiere mediado negociación alguna, de modo que pudieran ser considerados como beneficios convencionales. Tales prerrogativas son derechos adquiridos, pues han sido reconocidos por el transcurrir del tiempo y mediante demandas judiciales y acuerdos de conciliación.

La demandante es beneficiaria del régimen de cesantías retroactivo, en virtud del cual se genera mora, transcurridos los 45 días concedidos para su pago, término que se cumplió el 22 de julio de 2005 sin importar para su pago el Convenio de Concurrencia pues existe la apropiación presupuestal para su cancelación.



La falta de pago le genera perjuicios de índole moral que ponen en peligro su estabilidad personal y familiar.

NORMAS VULNERADAS Y CONCEPTO DE VULNERACIÓN

- Artículos 1,2, 6, 13, 25, 29, 42, 53, 58, 123, 124, 125 y 209 de la Carta Política
- Decreto 1006 de 01 de julio de 1993
- Resolución 0315 de 12 de noviembre de 1993
- Ley 244 de 1995

Como concepto de violación de las normas invocadas, expresa:

Los actos administrativos proferidos por el Departamento de Boyacá vulneraron normas constitucionales y legales, al negarle el reconocimiento de derechos adquiridos a la demandante como servidora del Hospital San Salvador de Chiquinquirá.

Por medio del Decreto Departamental 1006 de 1 de julio de 1993⁷, se autorizó a los directores de los hospitales del Departamento para expedir actos administrativos mediante los cuales se reconocieran derechos de carácter económico a favor de los funcionarios vinculados antes del 29 de septiembre de 1992. Sin embargo, el Departamento de Boyacá desconoció este Decreto

⁷ Por medio del cual se faculta a los Directores de algunos Hospitales del Departamento para mantener reconocimientos laborales de contenido económico a sus servidores y se dictan otras disposiciones.



y profirió actos administrativos que dejaron de reconocer derechos laborales de carácter económico a la demandante.

Mediante la Resolución 915 de 12 de noviembre de 1993 el Departamento de Boyacá reconoció derechos económicos adquiridos a los funcionarios vinculados antes del 29 de septiembre de 1993 al servicio del Hospital San Salvador de Chiquinquirá, empero, no reconoció los derechos adquiridos por la actora.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del Departamento de Boyacá se opuso a las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos⁸:

En primer lugar, realizó un recuento histórico y normativo sobre la naturaleza jurídica del Hospital San Salvador de Chiquinquirá y de su personal que finalizó con la transcripción del Concepto 1585 de 2 de julio de 2004 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante el cual se concluyó que el Hospital San Salvador de Chiquinquirá es una institución de naturaleza privada que en virtud de la organización del Sistema Nacional de Salud, recibió aportes del Estado para su sostenimiento, los que se utilizaron en el pago de los salarios de sus servidores y en la construcción y/o adecuación de su infraestructura, dotación de recursos técnicos y financieros, y que las personas que han venido laborando en él, son en su gran mayoría empleados públicos

⁸ Folios 245 a 279 del expediente.



y, por ende, tienen todos los derechos que la ley les reconoce por su calidad de tales.

Indicó que el 29 de octubre de 2004 se suscribió entre el Ministerio de la Protección Social y el Departamento de Boyacá, el Convenio de Desempeño No. 179 para la reorganización institucional – modernización de la red pública de prestación de servicios de salud, en virtud del cual el Departamento celebró convenio de empréstito con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, destinado a financiar el pago de indemnizaciones, obligaciones y liquidaciones correspondientes a los compromisos laborales y de pasivo prestacional del personal del Hospital.

Manifestó que en cumplimiento de los convenios anteriores, el Departamento de Boyacá, a través de los Decretos 1370 de 19 de noviembre de 2004 y 1400 de 22 de noviembre de 2004, desvinculó la mayor parte de los servidores públicos que laboraban en la IPS de Chiquinquirá y en consecuencia reconoció y canceló las correspondientes acreencias laborales a que cada uno tenía derecho, previa verificación de la calidad de empleados públicos o trabajadores oficiales y demás condiciones de su vinculación.

Propuso las excepciones de (i) caducidad, (ii) falta de integración de litis consorcio necesario, (iii) indebida precisión del objeto de la demanda, (iv) falta de legitimación en la causa por pasiva, (v) extinción de la obligación por pago, (vi) prescripción, (vii) decaimiento del acto administrativo o pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos cuya aplicación se pretende y (viii) ausencia de mala fe.



En síntesis, afirmó que tanto el Decreto Departamental 1006 como la Resolución 915 de 1993 perdieron su fundamento de derecho porque el Decreto 1243 de 29 de septiembre de 1992 en virtud del cual fueron expedidos, fue declarado nulo, de suerte que todos los actos que se fundaron en él, perdieron la capacidad de producir efectos jurídicos.

De otra parte, afirmó que en virtud del Decreto 1919 de 2002⁹, las prestaciones sociales derivadas de las disposiciones territoriales, carecen de efecto y que el régimen prestacional de los empleados públicos del orden territorial es el previsto en la Ley, razón por la cual las entidades territoriales no pueden arrogarse dicha competencia, en tal sentido, el Decreto 1006 de 1993 y la Resolución 915 de 1993, que establecen unos beneficios extralegales para los empleados del Hospital, resultan inconstitucionales.

Sostuvo que no se discuten derechos adquiridos como se pretende alegar, por cuanto el régimen prestacional que reclama la actora no tiene un origen compatible con la constitución y la ley.

Concluyó que la aplicación del Decreto 1006 y la Resolución 915 de 1993 para efectos de la liquidación, con fundamento en la protección de las situaciones jurídicas consolidadas, resulta desacertada por inconstitucional e ilegal, pues si bien existe un amparo para tales situaciones, tal abrigo no puede comprender las expectativas que dependen del mantenimiento de una

⁹ Por el cual se fija el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial.



legislación de derecho público a cuya intangibilidad no se tiene derecho como tampoco puede abarcar las situaciones nacidas contra el mandato constitucional, por cuanto una norma ordenanza o una resolución interna no pueden señalar prestaciones distintas a las establecidas en la ley, razón por la que solicita la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Boyacá mediante providencia del 21 de junio de 2013¹⁰ denegó las súplicas de la demanda por considerar que el Decreto 1006 de 1 de julio de 1993¹¹, proferido por el Gobernador de Boyacá y la Resolución 915 de 1993¹², suscrita por el Director del Hospital San Salvador de Chiquinquirá no son fuente de derechos laborales ni sustento normativo de la demanda, por cuanto la creación de prestaciones sociales de los empleados públicos es facultad exclusiva del Congreso de la República o del Presidente en uso de facultades extraordinarias, de conformidad con el artículo 150 de la Constitución Política y la Ley 4 de 1992¹³.

¹⁰ Folios 513 a 526 del expediente.

¹¹ Por medio del cual se faculta a los Directores de algunos Hospitales del Departamento para mantener reconocimientos laborales de contenido económico a sus servidores y se dictan otras disposiciones.

¹² Por medio de la cual se reconocen derechos económicos adquiridos por algunos funcionarios.

¹³ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.



No puede considerarse que las prestaciones que reclama la parte actora son un derecho adquirido, puesto que tienen origen en normas inconstitucionales y por tratarse de empleados públicos su regulación obligatoriamente debe ser de orden legal.

Precisó que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con el Decreto 1808 de 1994, que subrogó el artículo 2 del Decreto 1133 del mismo año, indicó que las prestaciones creadas por normas territoriales entrañan una usurpación de las competencias atribuidas en la Carta.

La única fuente de reconocimiento de prestaciones sociales para los empleados públicos como quedó visto es la Ley, por ende son inaceptables los reconocimientos discrecionales de las Autoridades Departamentales, los cuales no pueden considerarse derechos adquiridos por la costumbre o pactos convencionales pues ni el Gobernador, ni el Director del Hospital pueden elevar tal situación al rango de Ley.

Respecto de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, señaló que de la lectura de los actos administrativos demandados se advierte que no solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías, por lo cual, por este aspecto no agotó la vía gubernativa.

Finalmente, en relación con la afirmación de la demandante de que el Decreto 1919 de 2002¹⁴ es aplicable para el asunto concreto desde que se enteró de la liquidación, aclara que se trata de un acto de carácter general el cual es obligatorio desde la publicación en el diario oficial.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación en el que solicita revocar la sentencia del Tribunal Administrativo de Boyacá por considerar que se limitó únicamente a analizar la aplicación del Decreto 1006 de 1993 y de la Resolución 915 del mismo año, sin tener en cuenta que las pretensiones de la demanda no van en contravía de la aplicación de los mencionados actos administrativos.

Pretende que se aplique el reajuste salarial establecido en el Decreto 1474 de 2004¹⁵ y que se ordene el reconocimiento de la sanción moratoria por retardo en el pago de las cesantías, o extemporaneidad del mismo, según lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995¹⁶.

Insistió en que el reconocimiento de la sanción moratoria no está condicionado a la prosperidad de las pretensiones relacionadas con los derechos laborales

¹⁴ por el cual se fija el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial.

¹⁵ Por el cual se fija el incremento salarial y la escala salarial de los empleados públicos de la administración central y descentralizada del Departamento de Boyacá para la vigencia fiscal del año 2004

¹⁶ Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones



derivados de las normas departamentales -Decretos 1006 de 1993 y Resolución 915 de 1993- las que considera inconstitucionales.

Expresó que no es posible confundir el pago de los intereses sobre las cesantías a que se refiere la pretensión tercera de la demanda, con el pago de la sanción moratoria consagrada en la Ley 244 de 1995, ya que los primeros eran pretendidos en atención a la expectativa que se tenía de la aplicación de la Resolución 915 de 1993, mientras que la sanción de la Ley 244 de 1995 era pretendida en cumplimiento de la ley, toda vez que se encontraba demostrada la mora en el pago de las mismas

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

El problema jurídico gira en torno a determinar si la señora Myrian Vera Albarracín tiene derecho a la reliquidación y pago de todas las prestaciones y beneficios extralegales contenidos en el Decreto 1006 de 1 de julio de 1993, proferido por el Gobernador de Boyacá y en la Resolución 915 de 1993, expedida por el Director del Hospital San Salvador de Chiquinquirá, así como al incremento salarial dispuesto en el Decreto 1474 de 20 de diciembre de 2004¹⁷, suscrito por el Gobernador de Boyacá y la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

¹⁷ Por el cual se fija el incremento salarial y la escala salarial de los empleados públicos de la administración central y descentralizada del Departamento de Boyacá para la vigencia fiscal del año 2004



Actos acusados

1.- Resolución 136 de 10 de marzo de 2005, proferida por el Secretario General de la Gobernación de Boyacá, en uso de las facultades legales, en especial las conferidas por el Decreto No. 1370 de 19 de noviembre de 2004 expedido por el Gobernador del Departamento de Boyacá, por la cual reconoció y pagó los salarios y prestaciones sociales a la demandante con ocasión de su desvinculación laboral del Hospital San Salvador de Chiquinquirá

2.- Resolución 0174 de 20 de abril de 2005, expedida por el Secretario General de la Gobernación de Boyacá, en uso de las facultades legales en especial las conferidas por el Decreto No. 1370 y 1468 de 2004, en armonía con lo contemplado en el Código Contencioso Administrativo, que desató el recurso de reposición interpuesto contra la anterior Resolución.

3.- Resolución 0131 de 16 de mayo de 2005 expedida por el Gobernador del Departamento de Boyacá que rechazó de plano el recurso de apelación interpuesto contra las resoluciones anteriores.

Análisis del Asunto.

- i. **De la Naturaleza Jurídica del Hospital San Salvador De Chiquinquirá**



La Sala de Consulta y Servicio Civil, del Consejo de Estado mediante Concepto No. 1585 de 23 de julio de 2004, M.P. Dra. Susana Montes de Echeverri, abordó el estudio de la Naturaleza Jurídica del Hospital de San Salvador; la calidad legal de los Trabajadores del Hospital y si las prestaciones sociales de los trabajadores pueden pagarse mediante dación en pago de las instalaciones, enseres y cesión de los derechos de posesión por más de 100 años.

Tales cuestionamientos formulados en su momento por el Ministro de Protección Social fueron contestados por la Sala de Consulta de esta Corporación, luego de un estudio minucioso del marco jurídico previsto en las disposiciones allí analizadas

Con relación a la situación jurídica del Hospital San Salvador, la Sala de Consulta y Servicio Civil, del Consejo de Estado, en el referido concepto, concluyó lo siguiente:

1. El Hospital San Salvador de Chiquinquirá es una institución de naturaleza privada que en virtud de la organización del Sistema Nacional de Salud, recibió aportes del Estado para su sostenimiento, los que se utilizaron en el pago de los salarios de sus servidores (recurso humano), y en la construcción y/o adecuación de su infraestructura, dotación de recursos técnicos y financieros.

2. Las personas que han venido laborando en el Hospital San Salvador de Chiquinquirá son, en su gran mayoría, empleados públicos y, por ende, tienen todos los derechos que la ley les reconoce por su calidad de tales, sin perjuicio naturalmente de que al estudiar las situaciones individuales se encuentren servidores vinculados por contrato de trabajo bajo las disposiciones de la ley 10ª de 1990¹⁸ y
- 3 La figura jurídica de la dación en pago, aunque es un mecanismo general apto para extinguir las obligaciones, no representa una alternativa viable en este caso dado el carácter público de los bienes que integran el patrimonio o los recursos del Hospital, sobre los cuales no se tiene libre disposición.

En el caso de la actora fue vinculada como empleada pública al servicio del Hospital San Salvador de Chiquinquirá, situación que por demás es corroborada en el Decreto No. 1370 de 19 de noviembre de 2004¹⁹, a través del cual el Gobernador del Departamento de Boyacá dio por terminada “(...) la relación legal y reglamentaria con el Departamento de Boyacá y su consecuencial desvinculación de la administración departamental (...)” de la parte actora como Auxiliar de Enfermería.

¹⁸ Por la cual se organiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones

¹⁹ Por el cual se desvinculan del departamento de Boyacá unos empleados públicos y trabajadores oficiales que han venido laborando en el Hospital San Salvador de Chiquinquirá, entidad de derecho privado

ii. Del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías

En cuanto al procedimiento que debe surtir la Administración para la liquidación del auxilio de cesantía, la Ley 244 de 1995²⁰ previó lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Una vez proferida la Resolución de liquidación de las cesantías, el artículo 2 ibídem, establece que el pago se efectuará dentro del siguiente término legal:

La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

²⁰ Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.



Se puede concluir que los empleados públicos nacionales y territoriales tienen derecho al reconocimiento y pago de un mes de salario por cada año de servicios continuos o discontinuos y proporcionalmente por fracción, liquidados con base en el último salario devengado por el servidor público. A este sistema se denominó Régimen Retroactivo de Cesantías.

Dentro de los 15 días hábiles siguientes a la solicitud de liquidación de las Cesantías definitivas por parte del empleado, la entidad patronal deberá expedir la liquidación. Una vez en firme la Administración contará con 45 días hábiles para el pago.

Luego del anterior término, más 5 días de la notificación, comenzará a contar la sanción moratoria por el retraso en el pago, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, prevé la sanción moratoria en el pago de la cesantía, en caso de incumplirse los términos legales, con el siguiente tenor literal:

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste."

La anterior normativa prevé los términos legales con que cuenta la Administración para la liquidación y pago de las cesantías, imponiendo una sanción moratoria por su incumplimiento. Dicho articulado reitera que tanto los términos para el pago de la prestación como los de la contabilización de la sanción moratoria son aplicables cuando se solicita la liquidación definitiva del auxilio de cesantía.

Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado²¹, dejó en claro a partir de qué fecha se debe comenzar a contabilizar la moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía y su agotamiento en la vía gubernativa, con el siguiente análisis:

“(...) Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria. (...)”

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de marzo de 2007, Consejero Ponente: doctor Jesús María Lemus Bustamante, Número Interno 2777-2004, Actor José Bolívar Caicedo Ruíz.

mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria. (...)”

“(...) Para que exista certeza sobre la obligación no basta con que la ley haya dispuesto el pago de la sanción moratoria, aquella es la fuente de la obligación a cargo de la administración por el incumplimiento o retardo en el pago de las cesantías definitivas mas no el título ejecutivo, que se materializa con el reconocimiento de lo adeudado por parte de la administración.

En este caso el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que le sirva de título ejecutivo ante la Jurisdicción Laboral, no ante los jueces administrativos, porque el artículo 134 B-7, adicionado por la Ley 446 de 1998, artículo 42, sólo les otorgó competencia a éstos para conocer de los procesos ejecutivos originados en condenas impuestas por esta jurisdicción, mientras que el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, le adjudica competencia general a la jurisdicción laboral ordinaria para “la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad.

También constituye título ejecutivo, cuyo pago deberá reclamarse ante la jurisdicción ordinaria, el acto por el cual la administración reconoce en favor del peticionario una suma de dinero por concepto de sanción moratoria. Aquí igualmente se trata de la simple ejecución de una acreencia laboral respecto de la cual no versa discusión alguna.

En suma la vía procesal adecuada para discutir las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que exista certeza del derecho y de la sanción, porque, se repite, en estos eventos procede la ejecución del título complejo. (...)

Dicho de otro modo, como el perjuicio por reparar se origina en una decisión o manifestación unilateral de voluntad de la administración destinada a producir efectos jurídicos es necesario invalidarla, previo agotamiento de la vía gubernativa, para poder obtener el restablecimiento respectivo y como la ley no prevé que mediante las

acciones de reparación directa o de grupo puedan anularse los actos administrativos, estas no son la vía procesal adecuada. Desconocería la integridad del ordenamiento jurídico percibir una indemnización por un perjuicio originado en un acto administrativo sin obtener antes la anulación del mismo porque este continuaría produciendo efectos jurídicos ya que ese es su cometido legal. (...)

El acto de reconocimiento de la sanción moratoria puede ser cuestionado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho si el administrado se encuentra inconforme con él, pero si hay acuerdo sobre su contenido y no se produce el pago de la sanción la vía indicada es la acción ejecutiva. (...)

Conviene precisar que en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho siempre existirá un acto atacable. Los expresos de reconocimiento de las cesantías definitivas y de reconocimiento de la sanción moratoria, o los fictos frente a la petición de reconocimiento de las cesantías definitivas o frente a la petición de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, por lo que la acción que debe impetrarse es la de nulidad y restablecimiento del derecho. (...)"

Del precedente anterior, es posible establecer lo siguiente:

1.- Para el reconocimiento de la sanción moratoria no basta que esté prevista en la Ley, se requiere el título de reconocimiento de lo adeudado **2.-** Es necesario provocar el pronunciamiento de la Administración a fin de que sirva de título ejecutivo o bien de acto demandable ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa **3.-** Si existe discusión respecto de la liquidación de las cesantías y la sanción moratoria la vía adecuada es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. **4.-** Como el perjuicio está contenido en una decisión de la Administración es necesario anularla, previo agotamiento de la vía gubernativa para pretender el restablecimiento del derecho.



En el presente caso, por Resolución 0136 del 10 de marzo de 2005²², el Secretario General de la Gobernación de Boyacá, reconoció y ordenó el pago de los salarios y prestaciones sociales adeudados a la parte actora, en cuantía de \$35.886.862 de acuerdo con la siguiente liquidación:

TIEMPO DE SERVICIOS EN DÍAS	7.580
CESANTÍAS PROMEDIO DÍA	\$2.965
TOTAL CESANTÍAS	\$22.476.709
RETIROS PARCIALES	\$14.000.000
TOTAL CESANTÍAS A PAGAR	\$8.476.709

La anterior Resolución fue confirmada a través de la Resolución 0174 de abril del 2005, que resolvió el recurso de reposición confirmando la anterior decisión

Empero, se observa que la demandante al impugnar la decisión mediante escrito de 7 de abril de 2005 (Folios 44 a 50 del cuaderno 2 del expediente) no solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el retraso en el pago de las cesantías, así como tampoco fue pedido en sede administrativa atacando la decisión de la Administración ante la Jurisdicción.

Así pues, es claro que si se pretende el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías, el interesado debe solicitar a la administración su reconocimiento y pago. Esto quiere decir que no es suficiente el acto de liquidación del auxilio de cesantía para que se ordene el reconocimiento de la

²² Folios 24 a 27 del cuaderno 2 del expediente

sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, sino que debe producirse la mora, es decir, que se venza el plazo legal para el pago y este no se dé, entrando la administración en un retardo frente al cumplimiento de la obligación, incumplimiento o mora que es sancionada con el reconocimiento de la sanción prevista en la referida Ley 244 de 1995, la cual ha de ser previamente reclamada en sede gubernativa, con el fin de atender el presupuesto procesal del artículo 135 del C.C.A que le permita al interesado acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa en procura de obtener el reconocimiento de tal pretensión.

En esas condiciones, como la parte actora no agotó la vía gubernativa en relación con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, no es posible su estudio ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, debiéndose en consecuencia negar lo solicitado en la apelación.

iii. Del reajuste salarial previsto en el Decreto 1474 de 2004

La parte actora solicita el incremento salarial establecido en el Decreto 1474 de 2004²³, el cual, fija el incremento y la escala salarial de los empleados públicos de la administración central y descentralizada del Departamento de Boyacá para la vigencia fiscal de 2004.

²³ Por el cual se fija el incremento salarial y la escala salarial de los empleados públicos de la administración central y descentralizada del Departamento de Boyacá para la vigencia fiscal del año 2004



Al respecto es preciso tener en cuenta que la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que la creación de prestaciones sociales para los empleados públicos desde la Constitución Nacional de 1886, es facultad exclusiva del Gobierno de la República o del Presidente en uso de facultades extraordinarias.

A partir de la Constitución Política de 1991, la competencia para fijar el régimen salarial de los empleados públicos, se mantuvo en cabeza del Congreso de la República de conformidad con lo establecido en el literal e), numeral 19 del artículo 150 de la Carta Política al señalar:

“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)

19 .Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...)

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso nacional y de la fuerza pública. (...)”

Por su parte, el artículo 189 de la Carta Política, atribuyó al Presidente de la República la competencia para fijar los emolumentos de los cargos de la Administración Central, atendiendo los parámetros establecidos por la Ley. En aplicación de tal competencia, el Congreso de la República expidió la Ley 4 de 1992, estableciendo las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza



Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

En materia salarial y prestacional de los empleados públicos, existe una competencia compartida entre el Congreso y el Presidente de la República, en donde el Órgano colegiado faculta al Ejecutivo para fijar las dotaciones y emolumentos de los servidores públicos con base en las normas generales que establecen los objetivos y criterios para el efecto.

En tal virtud, el Congreso de la República mediante la Ley 4 de 1992, facultó al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional entre otros de los empleados públicos del orden Nacional cualquiera que sea su sector, denominación o régimen (Art. 1). El artículo 2 ibídem dispuso lo siguiente:

“Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;

b) El respeto a la carrera administrativa y la ampliación de su cobertura;

c) La concertación como factor de mejoramiento de la prestación de los servicios por parte del Estado y de las condiciones de trabajo; (...).”

El artículo 10 ibídem determinó que todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los Decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

Por lo tanto, se observa que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es legal y reglamentario razón por la cual debe ser fijado por las autoridades competentes como quedó establecido y no a través del Decreto 1474 de 2004 expedido por el Gobernador de Boyacá.

En ese sentido, esta Corporación²⁴, declaró la nulidad del Decreto Departamental 001006 de 1 de julio de 1993, por considerar que según lo establecido en la Carta Política, la Ley y la Jurisprudencia tanto del Consejo de Estado, como de la Corte Constitucional, no era posible que el Gobernador del Departamento de Boyacá, cuando autorizó a los Directores de los Hospitales para que reconocieran derechos económicos a los empleados públicos que laboraban en dichas instituciones, los cuales derivaban en su mayoría de una Convención Colectiva, desconoció competencias conferidas por la ley y la Constitución Política a otros órganos del Estado, aunado a que transformó infundadamente la facultad que le concedió la Asamblea Departamental en virtud de la Ordenanza 001 de 1993, que no era otra que la

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Sentencia del 9 de febrero de 2012, Consejero Ponente: doctor Luis Rafael Vergara Quintero, Número Interno 2111-2007.



de ejercer funciones relacionadas con el proceso de descentralización del Sector Salud Departamental, la cual es totalmente diferente a la de regular temas prestacionales y salariales de los servidores públicos departamentales.

Por lo tanto, no es posible acceder a lo pretendido por cuanto como quedó visto, la Resolución 915 de 1993 estableció prestaciones para los empleados públicos del Hospital de San Salvador de Chiquinquirá usurpando las atribuciones propias del Legislador, situación que no fue desvirtuada por la demandante, sin que existan emolumentos que puedan ser reajustados en virtud de la inflación anual.

De igual manera, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 10 de 1990²⁵, a los empleados públicos del sector salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicara el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 17 de la misma ley, mandato que es reiterado en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, motivo por el cual no es procedente el reconocimiento de prestaciones sociales amparadas en disposiciones proferidas por órganos o autoridades del nivel territorial, dado que, como se indicó, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos solo puede ser establecido por el Gobierno Nacional con sujeción a la Ley (artículo 150 numeral 19) literal e).

²⁵ Por la cual se organiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones.



Finalmente no resulta procedente alegar la existencia de derechos adquiridos en contra de la Constitución y la Ley y no pueden calificarse como tales unos supuestos derechos derivados de normas proferidas por quien carecía de competencia para expedirlas.

En consecuencia, al quedar establecido que el Hospital San Salvador de Chiquinquirá no es una Entidad de derecho privado que pueda ser beneficiaria de lo previsto en el Decreto 1006 de 1 de julio de 1993, proferido por el Gobernador de Boyacá y la Resolución 915 de 1993, expedida por el Director del Hospital, ni que exista la posibilidad del reajuste salarial con base en el Decreto 1474 de 2004, se confirmará la sentencia de 21 de junio de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá que negó las pretensiones de la demanda presentada por la señora Myrian Vera Albarracín.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección “A” administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el 21 de junio de 2013, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora Myrian Vera Albarracín contra el



Departamento de Boyacá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ (E)

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ (E)

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

SLIV/JCJG

