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

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, dos (2) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicado: 17001 2333 000 2013 00437 01
Número interno: 3769-2014
Demandante: César Arcila Arbeláez
Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

Nulidad y restablecimiento del derecho. Sentencia de segunda instancia. Ley 1437 de 2011.

ASUNTO

La Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante César Arcila Arbeláez contra la sentencia del 17 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, por medio de la cual se negaron las súplicas de la demanda.

I.- LA DEMANDA

1. LA DEMANDA

El señor César Arcila Arbeláez por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó al Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA el reconocimiento de las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- Pretensiones

(i). Declarar la nulidad de la **Resolución No 2-2013-003484 del 21 de marzo de 2013**, por medio de la cual se negó el pago de viáticos dejados de pagar por la aplicación de la Resolución No 574 del 31 de marzo de 1995, proferida por la Coordinadora Grupo Pensiones del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

(ii). Declarar la nulidad de la **Resolución No 2-2013-001264 del 3 de abril de 2013,** por medio de la cual se negó el pago de viáticos dejados de pagar por la aplicación de la Resolución No 574 del 31 de marzo de 1995, proferida por la Coordinadora Grupo Pensiones del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

(iii) Declarar la nulidad parcial de la **Resolución No 001735 del 23 de agosto de 2007**, por medio de la cual, la Secretaría General del SENA, reconoció la pensión de jubilación al señor César Ardila Arbeláez.

(iv) Declarar la nulidad parcial de la **Resolución No 002356 del 2 de octubre de 2007,** por medio de la, cual la Secretaría General del SENA, reliquidó la pensión de jubilación al señor César Ardila Arbeláez.

(v) En consecuencia de lo anterior, solicitó como restablecimiento del derecho condenar al SENA al pago de los viáticos con la inclusión de todos sus componentes, desde la entrada en vigencia de la Resolución No 574 del 31 de marzo de 1995 hasta la fecha del retiro, a reliquidar todas las prestaciones sociales conforme a lo establecido en el Decreto 1045 de 1978, a reliquidar la pensión de jubilación incluyendo la diferencia de todos los viáticos.

1.2.- Fundamentos fácticos[1].

[1] Folios 5 del cuaderno 2.

Como sustento fáctico de las pretensiones, expuso los siguientes hechos:

(i). El señor César Arcila Arbeláez, se desempeñó como instructor en el Centro para la formación cafetera del SENA – regional Caldas.

(ii). A través de la Resolución No 574 de 31 de marzo de 1995 el Director General del SENA, reglamentó para la entidad el reconocimiento y pago de viáticos, comisiones por servicios y gastos de transporte, definiéndolos como no constitutivos de salarios, resolución que va en contravía de lo dispuesto en el Decreto 72 del 10 de enero de 1995.

(iii). A través de la Resolución No 001735 del 23 de agosto de 2007 la Secretaría General del SENA, reconoció pensión de jubilación al demandante por el valor de $1.869.883 a partir del 30 de julio de 2007, pensión que fue reconocida sin tener en cuenta los viáticos devengados.

(iv). El 8 de marzo de 2013, el demandante radicó ante el SENA Regional Caldas una solicitud de reconocimiento de viáticos, reliquidación de prestaciones sociales y de pensión, la que fue negada a través de las Resoluciones No 2-2013-003484 del 21 de marzo de 2013 y 2-2013-001264 del 3 de abril de 2013.

(v) Mediante sentencia del 2 de abril de 2009 la Sección Segunda del Consejo de Estado, declaró la nulidad del artículo 12 de la Resolución 514 de 1995.

1.3.- Normas violadas y concepto de su violación[2].

Se invocó en la demanda la violación de los artículos 6, 25, 53, 150 de orden constitucional, artículo 6 del Decreto No 691 del 29 de marzo de 1994, 1158 de 1994, artículo 36 de la Ley 100 de 1993, 1042 de 1978, 1045 de 1978, 1950 de 1973, Ley 4 de 1992.

[2] Folios 6, ibidem.

Como concepto de violación el apoderado del demandante, en síntesis, afirmó que de acuerdo al precedente jurisprudencial del Consejo de Estado sobre viáticos, el SENA incurrió en error al liquidar los viáticos del demandante desde el año 1995 hasta el año 2005, existiendo diferencia entre lo pagado por el SENA y lo que se debió pagar conforme a los decretos expedidos por el Gobierno Nacional.

Sostuvo que existió una indebida aplicación de la Resolución 514 de 1995, desde su expedición y hasta la declaratoria de nulidad por parte del Consejo de Estado, lo cual genera una indebida aplicación del Decreto 72 de 1995, mediante el cual, el presidente de la República desarrolló las normas generales señaladas en la Ley 4 de 1972, que fijó las escalas de viáticos.

Aseguró que el no pago pleno de los viáticos, afectó al demandante en la liquidación de la pensión de jubilación, desconociendo que este es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que su mesada pensional se disminuyó de tal manera que no le ha permitido sufragar sus necesidades básicas para garantizar una congrua subsistencia.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, contestó la demanda de manera extemporánea[3].

3. LA SENTENCIA APELADA[4]

El Tribunal Administrativo de Caldas mediante sentencia del 17 de julio de 2014, declaró de **oficio la excepción de prescripción** frente a la pretensión de reliquidación de viáticos y negó las pretensiones de la demanda, de conformidad con los siguientes argumentos.

[3] Conforme lo señalados en el Acta de audiencia inicial- obrante a folio 348 cuaderno principal.
[4] Folios 362 a 375 cuaderno principal.

Manifestó que el señor César Arcila Arbeláez se desvinculó del SENA el 31 de agosto de 2007, por lo que concluyó que los viáticos dejaron de ser una prestación periódica.

Indicó que en presente caso no obra prueba alguna que demuestre que en vigencia de la Resolución 574 de 1995 el demandante haya reclamado algún derecho relacionado con los viáticos y que éste haya sido resuelto por el SENA.

Sostuvo que a partir de la sentencia 2 de abril de 2009, mediante la cual se declaró la nulidad del artículo 12 de la Resolución 574 de 1995, es que surgió el derecho del demandante de reclamar el pago pleno de sus viáticos, teniendo en consecuencia 3 años para realizar la petición. Advirtió que la sentencia en mención quedó ejecutoriada el 29 de abril de 2009, por lo que el plazo máximo para interrumpir la prescripción vencía el 30 de abril de 2012, sin embargo, el demandante presentó la reclamación el día **8 de marzo de 2013**, en consecuencia, en el presente caso operó el fenómeno de la prescripción.

Concluyó que a pesar de la posibilidad clara que tiene una persona de reclamar en cualquier tiempo los derechos originados de la pensión, lo cierto és que en el presente caso y con apoyo en lo relacionado con la prescripción del derecho a reliquidar los viáticos devengados en el último año de servicio, es un imposible jurídico ordenar la reliquidación de la pensión, toda vez, que el demandante no tiene derecho al reajuste en el valor de los viáticos por no haber reclamado su derecho dentro de los 3 años siguientes a la ejecutoria de la providencia que declaró la nulidad del artículo 12 de la Resolución 574 de 1995, pues no es posible ni fáctica ni jurídicamente que se aumente la base de liquidación en aras de lograr un incremento a su pensión.

En cuanto a las costas, decidió condenar a la parte vencida, según lo establecido por el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en armonía con el artículo 365 de la Ley 1564 de 2012.

4.- EL RECURSO DE APELACIÓN[5]

El demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia del 17 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, con fundamento en lo siguiente:

Resaltó que el SENA incurrió en un error al liquidar los viáticos del demandante desde el año 1995, existiendo diferencia entre lo pagado por el SENA y lo que se debió pagar conforme a los decretos expedidos por el Gobierno Nacional.

Manifestó que atendiendo los parámetros de la sentencia del 2 de abril de 2009 proferida por el Consejo de Estado, en la que se declaró la nulidad del artículo 12 de la Resolución 574 de 1995, conlleva a que toda autoridad que tiene a su cargo la regulación del régimen de viáticos debe ajustarse a los lineamientos contemplados en el artículo 2 de la Ley 72 de 1995, que son: a*) remuneración mensual del empleado comisionado, b) naturaleza de los asuntos que sean confiados y c) condiciones de la comisión, teniendo en cuenta el costo de la vida del lugar en el cual debe realizarse la labor,* criterios que no fueron observados por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, al expedir la resolución reguladora del pago de viáticos de los empleados; así las cosas, afirma que al haberse expulsado del reglamento que consagra para el SENA las comisiones de servicio, pago de viáticos y gastos de transporte, se tiene que al señor César Arcila, le asiste el derecho a que los valores que le fueron cancelados por concepto de viáticos bajo un único valor, le sean reliquidados.

[5] Folios 387 a 403 cuaderno principal

Argumentó que al guardar silencio, el apoderado del SENA, dentro del término procesal para contestar la demanda, existen argumentos para que se despachen en forma favorable las pretensiones de la demanda, y se ordene reconocer en forma plena los viáticos, con fundamento en los decretos presidenciales que fijaron las escalas de viáticos, toda vez que el Servicio Nacional de Aprendizaje los pagó conforme a lo previsto en la Resolución No 574 de 1995, cuyo artículo 12 fue declarado nulo por el Consejo de Estado.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante, guardó silencio en esta etapa procesal.

La parte demandada, sostuvo que la nulidad del artículo 12 de la Resolución 574 de 1995, se dio en el año 2009, por lo cual el actor debió presentar la reclamación ante el SENA para el reajuste de prestaciones sociales y pensión de jubilación en el periodo comprendido desde el 2 de abril de 2009 hasta el 2 de abril de 2012, según la normativa vigente para la prescripción extintiva de prestaciones periódicas de orden laboral que establece un lapso de 3 años para su reclamación.

Adujo que los viáticos no constituyen una prestación periódica, toda vez que desde el año 1995 y hasta la fecha en que se concedió la pensión de jubilación en el 2007, el pago de los viáticos fue dejado de cancelar en virtud de la Resolución 574 de marzo de 1995, es decir que durante el último periodo de vinculación laboral no había una retribución habitual vigente de tal prestación y por tal motivo dichos dineros no deberían ser reclamados.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto fiscal.

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

II.- CONSIDERACIONES

1.- Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante. No obstante, en caso de que ambas partes hayan apelado la sentencia, el superior resolverá sin limitaciones.

2.- Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos de la apelación, el problema jurídico se contrae a determinar ¿si las Resoluciones No 2013-003484 y 2013-001264 de 2013, proferidas por el director del SENA, se encuentran ajustadas a derecho, teniendo en cuenta que el artículo 12 de la Resolución 574 de 1995, fue declarado nulo mediante sentencia del 2 de abril de 2009, proferida por el Consejo de Estado?.

A efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Sala desarrollará el siguiente orden metodológico: (i) marco jurídico y jurisprudencial referente a los viáticos de los servidores públicos, y (ii) análisis del caso concreto.

3.- Marco normativo y jurisprudencial.

En el sector público, los viáticos son un derecho consagrado a favor de los servidores que se encuentran en comisión, cuando en cumplimiento de sus funciones, estas deben cumplirse por fuera de la sede habitual de trabajo, es decir, que sirvan para cubrir los gastos de manutención y alojamiento en que se deba incurrir, como consecuencia del desempeño de la tarea asignada.

La anterior definición surge de las reglas previstas en el Decreto 1042 de 1978 "*Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos,*

superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones", que en su artículo 61 señaló:

> "**Artículo 61°.-** De los viáticos. Los empleados públicos que deban viajar dentro o fuera del país en comisión de servicios tendrán derecho al reconocimiento y pago de viáticos".

Posteriormente, los decretos reglamentarios expedidos por el Gobierno Nacional para fijar las escalas de viáticos, estos son: Decreto 670 de 2002, Decreto 3537 de 2003, Decreto 4411 de 2004, Decreto 628 de 2007, Decreto 268 de 2008, Decreto 733 de 2009 y Decreto 1398 de 2010, precisaron la finalidad de ese emolumento, al señalar, de manera tajante, que su destinación es la de "*proporcionarle al empleado manutención y alojamiento*"[6].

De acuerdo a lo anterior, se infiere que los viáticos de una comisión no constituyen una retribución del servicio prestado por el funcionario, sino el pago que debe recibir para cubrir los gastos de manutención y alojamiento durante la comisión, evitando que el servidor sufra una mengua patrimonial como resultado del desarrollo de aquella.

El artículo 65 del Decreto 1042 de 1978, regulatorio de la materia, exige que tales encargos sean conferidos "*mediante acto administrativo en el cual se expresará el término de su duración*"; a su vez, los decretos expedidos por el Gobierno Nacional para regular las escalas de valor a pagar por el aludido concepto, de manera uniforme, han fijado como requisito para el reconocimiento y pago de viáticos, que estos sean ordenados "*en el acto administrativo que confiere la comisión de servicios, en el cual se expresa el término de duración*

[6] Ver parágrafo único del artículo 3º de cada uno de los decretos reglamentarios de las escalas de viáticos.

de la misma"[7], advirtiendo que "*no podrá autorizarse el pago de viáticos sin que medie el acto administrativo que confiera la comisión y ordene el reconocimiento de los viáticos correspondientes*".

El valor a pagar por concepto de viáticos, en los términos del artículo 62 del Decreto 1042 de 1978, se fija "*según la remuneración mensual que corresponda al empleo del funcionario que deba viajar en comisión*", atendiendo, además, a los siguientes criterios: naturaleza de los asuntos que le sean confiados, condiciones de la comisión y, costo de vida del lugar en el cual debe realizarse la labor, hasta por el valor máximo de las cantidades señaladas en los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, para fijar las escalas de viáticos.

De tal manera que el derecho a los viáticos se genera con ocasión a la comisión, la que a su vez está sometida a precisas reglas para su concesión, tales como: los asuntos para los cuales puede ser conferida[8], el límite temporal[9] y las formalidades para su otorgamiento, esto es, mediante resolución motivada.

Así viáticos y comisión son dos conceptos inescindibles, en la medida en que

[7] Artículo 3° de los Decreto 670 de 2002, 3537 de 2003, 4411 de 2004, 628 de 2007, 268 de 2008, 733 de 2009 y 1398 de 2010.
[8] Decreto 1042 de 1978, artículo 76 ibidem precisa que las comisiones pueden ser:
"a) De servicio, para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, o realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado.
b) Para adelantar estudios.
c) Para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, cuando el nombramiento recaiga en un funcionario escalafonado en Carrera Administrativa, y
d) Para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, de organismos internacionales o de instituciones privadas".
[9] Decreto 1042 de 1978 "Artículo 65°.- De la duración de las comisiones. Las comisiones de servicio se conferirán mediante acto administrativo en el cual se expresará el término de su duración, que no podrá exceder de treinta días. Dicho término podrá prorrogarse hasta por otros treinta días cuando fuere necesario por la naturaleza especial de las tareas que deban desarrollarse.
Sin embargo, a los funcionarios que desempeñen labores de inspección y vigilancia podrá otorgárseles comisiones de servicios sin sujeción al límite fijado en el inciso anterior.
Tampoco estarán sujetas a los términos de este artículo las comisiones que por su naturaleza exijan necesariamente una duración mayor, a juicio del jefe del respectivo organismo. Queda prohibida toda comisión de servicios de carácter permanente".

los primeros tienen como finalidad cubrir los gastos en que deba incurrir el trabajador cuando preste sus servicios fuera del lugar de trabajo, en razón a una comisión, evitando que por ese motivo sufra una afectación patrimonial.

En reiterados pronunciamientos[10], esta Corporación ha señalado con respecto a los viáticos, lo siguiente:

> "(...)En nuestro ordenamiento jurídico el viático es considerado como un estipendio, un factor salarial[11], que tiene por finalidad cubrir los gastos de manutención, alojamiento y transporte en que incurre el servidor público por el cumplimiento de sus funciones fuera de su sede habitual de trabajo, sin sufrir por ello mengua en su patrimonio[12]. Así los viáticos tienden a compensar los gastos que causa a un empleado o trabajador el desplazamiento temporal del lugar donde trabaja para ir a otro sitio donde tiene que soportar costos adicionales de alojamiento y alimentación principalmente.(...)[13]"

Ahora bien, el artículo 12 de la Resolución 574 de 1995[14], *"por la cual se reglamentan en el SENA las comisiones de servicio, pago de viáticos, gastos de transporte y se dictan otras disposiciones,* proferida, por el director general del Servicio Nacional de Aprendizaje, "SENA", fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante sentencia del 2 de abril de 2009.

Lo precitado en el artículo en mención, era del siguiente tenor:

> **"ARTÍCULO DECIMO SEGUNDO. GASTOS DE MANUTENCIÓN:** Es el valor en dinero que el SENA reconoce para cubrir los gastos de alimentación que se ocasionen cuando un funcionario deba adelantar dentro o fuera de la jurisdicción regional, acciones de trabajo en lugar diferente a su sede habitual, sin pernoctar en él.

---

[10] Sentencia de 4 de junio de 2009, Radicado No. 2004-01973-01(2091-07). Actor: Clara López Obregón, M.P. Gustavo Gómez Aranguren
[11] Sentencia C- 221 de 1992 de la Corte Constitucional "Los viáticos son factor de salario (Art. 42 literal h del Decreto 1042 de 1978), sólo si se reciben en forma habitual y periódica; de lo contrario no constituyen salario"
[12] Sentencia C- 108 de 1995 de la Corte Constitucional.
[13] Sentencia del 19 de Abril de 2007 - Radicación No. 1998-02115-01 Actor: Julio Álvarez, M.P. Jesús María Lemus Bustamante.
[14] Resolución derogada por el artículo 22 de la Resolución 2838 de 2016 "Por la cual se reglamentan en el SENA las comisiones de servicio, pago de viáticos, gastos de transporte y se dictan otras disposiciones

"PARÁGRAFO PRIMERO: Para tener derecho al pago de gastos de manutención, el funcionario debe permanecer por lo menos la mitad de la jornada laboral diaria en lugar diferente a su sede habitual.

"PARÁGRAFO SEGUNDO: A los funcionarios que deban adelantar acciones en lugar diferente a su sede habitual, cuya duración sea inferior a la mitad de la jornada laboral diaria, solo se les pagarán los gastos de transporte de acuerdo con las tarifas oficiales fijadas para el transporte intermunicipal.

"PARÁGRAFO TERCERO: Por concepto de gastos de manutención se reconocerán ocho mil ochocientos cincuenta pesos ($8.850) y por gastos de transporte terrestre, se pagará el valor de acuerdo con las tarifas oficiales fijadas para el transporte intermunicipal, o se suministrarán los tiquetes aéreos, si a ello hubiere lugar. En este último caso se reconocerán y pagarán los gastos de transporte adicionales de que trata el inciso 1° del numeral 1° del artículo 15°. De esta Resolución.

"PARÁGRAFO CUARTO: Los gastos de manutención no constituyen factor de salario para la liquidación de prestaciones sociales.

"PARÁGRAFO QUINTO: El Secretario General en la Dirección General y los Directores en las Regionales determinarán los lugares y circunstancias en donde se deban adelantar acciones de trabajo, en las cuales sólo haya lugar al reconocimiento de gastos de manutención, teniendo en cuenta que en ningún caso habrá reconocimiento de viáticos cuando haya posibilidad de viaje de regreso a la sede el mismo día.

En la sentencia del 2 de abril de 2009, a través de la cual el Consejo de Estado declaró la nulidad del artículo 12, se expuso lo siguiente:

"Del contenido del artículo 2° de la Ley 72 de 1995, que sirvió de fundamento a la Resolución N° 574 de 1995, cuyo artículo décimo segundo se demanda en nulidad, se evidencian tres criterios para la fijación de viáticos, a saber: **a)** remuneración mensual del empleado comisionado; **b)** naturaleza de los asuntos que le sean confiados y **c)** condiciones de la comisión, teniendo en cuenta el costo de vida del lugar en el cual debe realizarse la labor.

Así entonces, al comparar la norma transcrita con el artículo décimo segundo de la Resolución N° 574 de 31 de marzo de 1995, acusado en el sub-lite, surge evidente la infracción en que incurrió el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, en cuanto, lejos de reglamentar el régimen de viáticos atendiendo las pautas que para el efecto le señalaba la norma transcrita y que invocó como fundamento de su decisión, lo que en realidad hizo fue crear un rubro para los servidores que tuviesen a su cargo comisiones, consistente en el pago de una suma única equivalente a ocho mil ochocientos cincuenta pesos ($8.850.oo) que denominó gastos de manutención, sin tomar en cuenta que la norma que invocaba para

soportar la que expedía consagraba tres criterios para fijar los viáticos y que el concepto de los mismos comprendía no solo el componente manutención, sino alojamiento.

A lo dicho cabe agregar que los lineamientos señalados en el artículo 2° de la Ley 72 de 1995 deben tenerse en cuenta por la autoridad u organismo que tiene a su cargo la reglamentación del régimen de viáticos, porque no todos los asuntos objeto de comisión son de idéntica naturaleza y por esa razón deben ser atendidos por funcionarios con el nivel que el caso exija y en consecuencia los viáticos fijados no pueden ser iguales sino diferentes en cada caso; pero además tales lineamientos constituyen una limitante a la discrecionalidad del funcionario a cuyo cargo está la determinación del monto de los viáticos, quien no puede adoptar, como hizo en este caso, una determinación sin el respaldo normativo legal que la medida exige, porque la competencia para el efecto es reglada y el margen de discrecionalidad debía enmarcarse en los términos que establece el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, según el cual: "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[15]".

4.- Análisis del caso concreto

Como motivo de censura, el demandante manifiesta que con ocasión a la declaratoria de nulidad del artículo 12 de la Resolución 574 de 1995, proferida por el Consejo de Estado a través de la sentencia del 2 de abril de 2009, tiene derecho a que se le reliquiden todos los viáticos generados desde 1995 hasta el 2007, fecha de su retiro de la entidad, así mismo, se le reliquide la mesada pensional reajustándola con el porcentaje de los viáticos, recibidos en el último año de servicio.

Por su parte, la entidad demandada sostuvo que la nulidad del artículo 12 de la Resolución 574 de 1995, se dio en el año 2009, por lo cual el actor debió presentar la reclamación ante el SENA para el reajuste de prestaciones sociales y pensión de jubilación en el periodo comprendido desde el 2 de abril de 2009 hasta el 2 de abril de 2012, según la normativa referente a la prescripción de derechos laborales.

[15] Sentencia del 2 de abril de 2009, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado – Rad. 2005-00328 CP doctora Bertha Lucía Ramírez.

Finalmente el *a quo*, en la sentencia apelada consideró que si bien el demandante tiene la posibilidad de reclamar en cualquier tiempo los derechos originados de la pensión, lo cierto es que en el presente caso y con apoyo en lo relacionado con la prescripción del derecho a reliquidar los viáticos devengados en el último año de servicios, el demandante no tiene derecho al reajuste en el valor de los viáticos, por no haber reclamado el derecho dentro de los 3 años siguientes a la ejecutoria de la providencia que declaró la nulidad del artículo 12 de la Resolución 574 de 1995.

El demandante apeló la sentencia, al considerar que la declaratoria de nulidad del artículo 12 de la Resolución 574 de 1995, le confiere el derecho a que sus viáticos sean reliquidados desde el año 1995 hasta el 2007.

Para resolver la cuestión, la Sala tendrá en cuenta el acervo probatorio allegado al proceso, cuya presunción de autenticidad no fue controvertida por las partes, el cual le permite tener por acreditados los siguientes hechos:

4.1.- Hechos demostrados:

a). - Vinculación laboral. A través de la Resolución No 189 de 1976 fue vinculado el señor César Arcila Arbeláez, como instructor grado 20 del Centro para la Formación Cafetera en el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA – Regional Manizales, desde el 23 de junio de 1976 hasta el 31 de agosto de 2007. (folios 9 y 10 cuaderno 2)

b). Reconocimiento pensional: Mediante Resolución 001735 de 2007[16] proferida por el SENA, se reconoció la pensión al señor César Arcila Arbeláez, por haber cumplido los requisitos exigidos legales, en cuantía de $1.869.833. (folios 19 a 20 cuaderno 2).

[16] Nació el 22 de noviembre de 1951 y completó con la entidad SENA 31 años, 1 mes y 9 días de servicio. Siendo su retiro efectivo el 31 de agosto de 2007.

La pensión del demandante fue reajustada a través de la Resolución No 002356 de 2007, en cuantía de $1.869.922, al resolverse el recurso de reposición interpuesto contra la resolución anterior. (folios 35 y 36 cuaderno 2)

c) Reajuste pensional en virtud de sentencia judicial: El señor César Arcila Arbeláez, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de que se le reajustara su pensión, con la inclusión de todos los factores salariales, motivo por el cual, mediante sentencia del 22 de febrero de 2012[17], el Juzgado Octavo Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales, declaró la nulidad del oficio No 2-2010-012795 del 27 de julio de 2010 y ordenó la reliquidación de pensión de jubilación en 75% con la inclusión de todos los factores salariales, decisión que fue apelada, por el SENA y confirmada en todas sus partes a través de sentencia del 18 de julio de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas[18].

En cumplimiento de la anterior decisión judicial, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, profirió la Resolución 02246 de 2013, a través de la cual, se ordenó reajustar la pensión del demandante con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el año previo al retiro definitivo del servicio. (folios 245 a 248 cuaderno 2)

d) Sentencia que declaró la nulidad del artículo 12 de la Resolución 574 de 1995: Mediante sentencia del 2 de abril de 2009, la Sección Segunda del Consejo de Estado, declaró la nulidad del artículo 12 de la Resolución 574 de 1995.

e) Reclamación administrativa: El 8 de marzo de 2013, el señor César Arcila Arbeláez presentó petición ante el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de los viáticos dejados

[17] Folios 181 a 195 cuaderno 2.
[18] Folios 165 a 178 – cuaderno 2

de cancelar por aplicación de la Resolución 574 de 1995, con efectos retroactivos, así mismo, la reliquidación de las prestaciones sociales y de la pensión de jubilación. (folios 56 y 57 cuaderno 1)

f). Acto administrativo demandado: (i) El 21 de marzo de 2013, la Coordinadora Grupo de Pensiones del SENA, mediante oficio No 2-2013-003484, negó el reconocimiento de la reliquidación de los viáticos al señor César Arcila. Los fundamentos fueron los siguientes: (folio 58 cuaderno 1)

> "(...)
> Como puede observar, dentro de los factores que pueden ser tenidos en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, no se encuentran los viáticos."

g) El 3 de abril de 2013, la Coordinadora Grupo de Pensiones del SENA, mediante oficio No 2-2013-001264, negó el reconocimiento de la reliquidación de los viáticos al señor César Arcila Arbeláez, con fundamento en lo siguiente: (folios 58 a 62 cuaderno 1)

> " (...)
> La sentencia que anuló el artículo décimo segundo de la Resolución 574 de 31 de marzo de 1995, nada dispuso sobre su aplicación retroactiva o sobre efectos retroactivos de la decisión, por lo cual su cumplimiento se limita a lo que en ella se dispone y a lo que establecen las normas que regulan la materia, es más la demanda incoada por SETRASENA se fundó en el artículo 84 del CCA, ósea que se refiere a la denominada acción de siempre nulidad y a ello se contrae en sus efectos"

h).- Agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial: El **19 de julio de 2013**, el apoderado del señor César Arcila Arbeláez radicó ante la Procuraduría 28 Judicial para Asuntos Administrativos, solicitud de conciliación extrajudicial, la cual fue declarada fallida el 29 de agosto de 2013 y de la cual se expidió constancia en la misma fecha. (Folio 276 cuaderno 1).

4.2. Análisis sustancial.

De acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto en precedencia y teniendo en cuenta el acervo probatorio allegado al proceso, en criterio de la Sala la sentencia de primera instancia debe ser confirmada por las siguientes razones:

(i).- Como se indicó en párrafos anteriores, el 2 de abril de 2009, la Sección Segunda de esta Corporación anuló el artículo 12 de la Resolución 574 de 1995, aduciendo que el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, en vez de reglamentar el régimen de viáticos lo que hizo fue crear un rubro para los servidores que tuviesen a su cargo comisiones, sin tener en cuenta la norma que invocaba para soportarla, pues esta consagraba tres criterios para fijar los viáticos, los cuales no fueron atendidos por el Director.

(ii).- Sobre los efectos de la declaratoria de nulidad, la Sala precisa que, conforme a la jurisprudencia[19], los efectos del fallo de nulidad afectan e inciden de manera inmediata en las situaciones que se encuentran en discusión ante las autoridades administrativas o jurisdiccionales, es decir las que no están consolidadas, excluyendo las situaciones definidas, en aras de la seguridad jurídica.

(iii).- Por regla general, la declaratoria de nulidad produce efectos *ex tunc*, esto es, se retrotraen al momento en que nació la norma o el acto administrativo viciado de nulidad, de manera que afecta las situaciones no consolidadas, es decir, aquellas que al momento de ser dictada la sentencia de nulidad se encuentren en discusión ante las autoridades administrativas o estén demandadas ante la jurisdicción contenciosa y sobre las cuales no

[19] Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "B" Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, 26 de octubre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 76001-23-33-000-2013-00113-02(0466-16) Actor: Oscar Román Tudela Rangel, Demandado: Universidad Del Valle

haya operado el fenómeno jurídico de la cosa juzgada a que se refiere el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Sin embargo, no sucede lo mismo con las situaciones definidas o consolidadas, pues en este evento la declaratoria de nulidad no las aqueja y en esa medida no afecta los casos fallados antes de su expedición, por cuanto estuvieron amparados por el principio de legalidad.

Bajo ese contexto, la Sala advierte que dentro del plenario no existe prueba alguna que indique que el demandante en vigencia de la Resolución 574 de 1995 haya reclamado algún derecho con relación a los viáticos, y que esté pendiente alguna situación que deba ser definida, todo lo contario, la situación del reajuste pensional solicitado, fue estudiado, analizado y definido mediante providencia de 22 de febrero de 2012 por el Juzgado Octavo Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales, y confirmada en todas sus partes mediante sentencia del 18 de julio de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Ahora bien, teniendo en cuenta, que en virtud de la sentencia del 2 de abril de 2009, que declaró la nulidad del artículo 12 de la Resolución 574 de 1995, el demandante puede exigir que se le reliquide de manera completa los viáticos percibidos desde 1995 hasta el 2007, es necesario que la Sala advierta que conforme a lo expuesto en líneas anteriores, al ser el viático considerado como un factor salarial, que tiene por finalidad cubrir los gastos de manutención, alojamiento y transporte en que incurre el servidor público o privado por el cumplimiento de sus funciones fuera de su sede habitual de trabajo, y cuya finalidad no es otra que compensar al empleado o trabajador los gastos generados por el desplazamiento temporal del lugar donde trabaja para ir a otro sitio a cumplir una función laboral, situación que permite inferir que su condición no lo sitúa como prestación periódica, y en esa medida debe aplicársele el medio extintivo de la prescripción.

En tal sentido, es deber de cada persona reclamar sus derechos en la oportunidad prevista por el legislador, es decir, que para exigir los derechos laborales que se consideran adquiridos, se debe respetar el lapso temporal establecido para el efecto, por razones de seguridad jurídica, so pena de perderlos. En tal sentido, el transcurso del tiempo sin que el interesado acuda a reclamar sus derechos extingue por prescripción su exigibilidad.

Esta materia está regulada por el artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968[20], que dispone lo siguiente: «Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero sólo por un lapso igual.»

Así mismo, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969[21], con relación a la prescripción de las acciones, consagra que: «1°. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres [3] años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

> 2°. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.»

Conforme a la anterior normativa, los derechos salariales y prestacionales consagrados a favor del empleado prescriben en tres años, contados desde la fecha en que se hacen exigibles. Igualmente, el simple reclamo escrito del empleado ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

[20] «Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.»
[21] «Por el cual se Reglamentan el Decreto 3135 de 1968. »

De tal manera y teniendo en cuenta que la sentencia que declaró la nulidad del artículo 12 de la Resolución 574 de 2012, *"por la cual se reglamentan en el SENA las comisiones de servicio, pago de viáticos, gastos de transporte y se dictan otras disposiciones"* quedó ejecutoriada el 29 de abril de 2009[22]", y la presentación de la reclamación administrativa se hizo el 8 de marzo de 2013, operó el fenómeno de la prescripción del derecho, en consecuencia, la Sala confirmará la sentencia del 17 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

5.- Costas.

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho[23], los llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso[24] y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

Así las cosas, se seguirá el criterio adoptado por esta Subsección[25]. En ese orden de ideas, en cumplimiento del numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso, como quiera que la sentencia apelada será confirmada en su totalidad, se condenará en costas en a la parte demandante, quien resultó vencida en el proceso. Liquídense por Secretaría del Tribunal.

[22] Consulta de procesos en el Consejo de Estado arroja, que la sentencia se fijó en edicto del 24 al 28 de Abril de 2009.
[23] Artículo 361 del Código General del Proceso.
[24] Artículo 171 numeral 4 en concordancia con el artículo 178, ibídem.
[25] Se puede ver, entre otras, la sentencia de 14 de julio de 2016, radicado 2013-00270-03 (3869-2014).

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 17 de julio de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, que negó las súplicas de la demanda instaurada por el señor César Arcila Arbeláez contra el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante.

TERCERO: Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 187 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

QUINTO: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa "Justicia Siglo XXI" y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
CON IMPEDIMENTO

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS