



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación No. 20001-23-31-000-2012-00181-01 (1621-2014)

Actor: HELY LARA GUERRA

Accionado: DEPARTAMENTO DEL CESAR

Asunto: Fallo ordinario CCA – Derechos salariales y prestacionales.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor Hely Lara Guerra contra la sentencia de 13 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, que negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Hely Lara Guerra por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., pidió la nulidad del acto administrativo contenido en la respuesta GC-EXT-01050-2012¹ de 13 de febrero de 2012, emitido por la Gobernación del departamento del Cesar, mediante el cual se le negó el reconocimiento y pago de los valores correspondientes a sueldo básico, prima de transporte, prima de alimentación y otros emolumentos laborales causados desde el 17 de septiembre de 2009 hasta que la entidad de seguridad social correspondiente lo incluya en nómina de pensionados.

¹ Es preciso aclarar que el acto demandado consta de 2 números de radicación, consistentes en el GC-EXT-01050-2012 de 13 de febrero de 2012 y el CSEDex No. 0517, por ende, la parte demandante lo cita con la primera radicación y la demanda lo cita con la segunda, pero se trata del mismo acto administrativo demandado, tal como se aprecia a folios 16 - 17 del expediente.

A título de restablecimiento solicitó que se condene a la entidad demandada a que reconozca y pague unos salarios y los factores salariales correspondientes a las primas de transporte, navidad, alimentación, vacaciones y servicios como también la bonificación por servicios prestados, horas extras, incrementos salariales por antigüedad, vacaciones, auxilio de cesantías e intereses sobre las mismas, causados a partir del 17 de septiembre de 2009 hasta que el Instituto de Seguros Sociales reporte la inclusión en nómina de pensionados al señor Hely Lara Guerra, de conformidad con el artículo 124 del Decreto 1950 de 1973 en concordancia con el artículo 8 de la Ley 71 de 1988.

Requirió que se condene a la Gobernación del departamento del Cesar a que reconozca y pague la liquidación definitiva de prestaciones sociales incluyendo como factores salariales las primas de transporte, navidad, alimentación, servicios y vacaciones, al igual que la bonificación por servicios prestados, horas extras, incrementos salariales por antigüedad e intereses sobre las cesantías.

También que se le paguen los menores valores cancelados por concepto de sueldo básico causados desde septiembre de 2009. Al igual que las sanciones contenidas en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 a partir del 18 de noviembre de 2009; numeral 1 del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 a partir del 17 de septiembre de 2009; numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Pidió que la sentencia sea proferida de conformidad con los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

HECHOS

La Sala los resume de la siguiente manera:

El apoderado de la parte demandante indicó que el señor Hely Lara Guerra trabajó para el departamento del Cesar desde el 7 de noviembre de 1985 hasta el 16 de septiembre de 2009.

Dijo que por medio de la Resolución número 1266 de 16 de septiembre de 2009, emitida por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cesar fue retirado del servicio.

Señaló que no se le respetó su derecho a la pensión de vejez, al igual que el procedimiento que se debió seguir, y esgrimió lo siguiente:

«b) La entidad demandada **NO** esperó ser notificada por parte de la entidad de Seguridad social correspondiente acerca de la inclusión en nómina de pensionados del señor HERLY LARA GUERRA.

c) La entidad demandada **NO** avisó al empleador para que iniciara los trámites para el reconocimiento de su pensión de vejez, tampoco realizó los tramites (sic) en nombre de su empleado, pasado (sic) los 30 días al tenor de lo dispuesto en el Parágrafo del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

d) La entidad demandada **NO** le otorgó los Seis (6) meses de que trata el artículo 124 del Decreto 1950 de 1973, para que el señor HELY (sic) LARA GUERRA, gestionara sus derechos pensionales.» (f. 44).

Narró que al demandante siempre le cancelaron sus derechos laborales conforme al salario mínimo legal mensual vigente durante todo el tiempo de prestación de sus servicios.

Expresó que el día 19 de enero de 2012 realizó agotamiento de la vía gubernativa mediante escrito dirigido al gobernador del Departamento del Cesar mediante el cual solicitó que se le reconozcan y paguen los valores correspondientes al sueldo básico, prima de transporte, prima de alimentación, bonificación por servicios prestados, horas extras, prima de servicios, prima de navidad, causadas desde el 16 de septiembre de 2009 hasta que se le notifique por parte de la entidad de seguridad social correspondiente la inclusión en nómina de pensionados.

Adujo que la anterior petición fue contestada de manera desfavorable mediante Oficio GC-EXT-01050-2012 de 13 de febrero de 2012 por parte del ente ya citado.

Dijo que elevó solicitud de conciliación el 28 de febrero de 2012 ante el Ministerio Público, llevándose a cabo la audiencia ante la Procuraduría 47 Judicial II para Asuntos Administrativos ante el Tribunal Administrativo del Cesar, quien la declaró fallida en Acta número 129 de 19 de abril de 2012.

Interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Oficio número GC-EXT-01050-2012 de 13 de febrero de 2012, siendo conocido el asunto por el Tribunal Administrativo del Cesar, que por medio de auto de 31 de mayo de 2012 inadmitió la demanda, por considerar que la misma adolecía de la presentación personal (f. 53). El apoderado de la parte accionante subsanó la demanda (f. 55) y la misma fue admitida en auto de 12 de julio de 2012 (f. 59).

El Tribunal Administrativo del Cesar – Valledupar emitió sentencia el 13 de febrero de 2014 (ff. 201 – 221), mediante la cual negó lo pretendido por el señor Hely Lara Guerra, frente a ello el apoderado del accionante presentó recurso de apelación (ff. 223 – 227).

FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se consideran violadas las siguientes disposiciones:

Constitución Política artículos 1, 2, 6, 13, 23, 25, 29, 48, 53 y 83.

Legales: artículo 1 del Decreto 1919 de 2002, Decreto 916 de 2005, artículos 17, 24, 25, 26, 33, 45, 46 y 59 del Decreto 1045, artículo 3 de la Ley 6 de 1945, artículos 49, 56 y 97 del Decreto 1042 de 1978, artículo 11 del Decreto 3135 de 1968 adicionado por el artículo 1 del Decreto 3148 de 1968, artículo 51 del Decreto 1848 de 1969, Decreto 11 de 1993, artículo 8 del Decreto 916

de 2005, artículos 1 y 2 del Decreto 1160 de 1947, artículo 7 del Decreto 2400 de 1968, artículo 2 de la Ley 244 de 1995, artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y artículo 29 de la Ley 789 de 2002.

Sobre el concepto de violación, formuló los siguientes cargos:

Adujo que no se le garantizó al actor su derecho a la seguridad social de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política, transgrediéndosele su derecho al trabajo y desconociendo los fines esenciales del Estado, toda vez que la administración no esperó que el demandante fuera incluido en la nómina de pensionados.

Expresó que «Las disposiciones jurídicas contenidas en el Artículo (sic) del Decreto 1950 de 1973, en el inciso 2º del Artículo 8º de la Ley 71 de 1988, inciso 1º del Artículo 9 del Decreto 1160 de 1989 en concordancia con las Sentencias C-1037 de 2003, C-501 de 2005, T-007 de 2010 y C-228 de 2011, no permiten desvincular a un trabajador público o privado, sin que se haya notificado por parte de la entidad de Seguridad Social correspondiente su inclusión en nómina de pensionados, tal y como ha ocurrido en el caso que ahora ocupa la atención del presente proceso.» (f. 46).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del departamento del Cesar manifestó (ff. 80 - 89) que el señor Hely Lara Guerra fue retirado del servicio mediante la Resolución número 001266 de 16 de septiembre de 2009, puesto que contaba con 65 años de edad, razón por la cual dio aplicación a lo preceptuado por el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968; artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 000466 de 12 de diciembre de 2007, que establecen que todo empleado que cumpla con 65 años deberá ser retirado del servicio.

Arguyó que la Resolución número 001266 de 16 de septiembre de 2009, mediante la cual se retiró al actor del servicio no fue demandada y que por

ello, esta goza de presunción de legalidad, además de estar fundamentada en la ley.

Dijo que el Consejo de Estado ha manifestado que un empleado público que llega a la edad de retiro forzoso puede ser retirado por la entidad en la cual esté vinculado sin que eso sea ilegal.

Como excepciones estableció las siguientes: i. Legalidad del acto demandado. ii. Inepta demanda. iii. Inexistencia del derecho y iv. Caducidad de la acción.

i. En cuanto a la **legalidad del acto demandado**, estimó que el Oficio CSEDEX número 0517 de 13 de febrero de 2012, emitido por el Secretario Departamental del Cesar, en el cual dio respuesta negativa a la solicitud por parte del señor Hely Lara Guerra consistente en el reconocimiento y pago de los valores correspondientes a sueldo básico, prima de transporte, prima de alimentación y otros emolumentos goza de la presunción de legalidad, por cuanto fue expedido en el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción establecida en el artículo 1 del inciso 4 del CCA., y no existe prueba que determine que el nominador actuara con desviación del poder, circunstancia que le corresponde demostrar al demandante.

ii. **Frente a la inepta demanda**, esbozó que se debió demandar el acto que ordenó su retiro, o sea, la Resolución número 001266 de 16 de septiembre de 2009 expedida por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cesar, como quiera que se demandó únicamente el Oficio CSEDEX número 0517 de 13 de febrero de 2012 que resolvió una petición de reintegro y pago de unos salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento en que fue retirado del servicio.

iii. En lo referente a la **inexistencia del derecho**, adujo que no hay pruebas por parte del accionante que ameriten lo reclamado y que no tiene

derecho a ser reintegrado al cargo que fue retirado por haber llegado a la edad de 65 años.

iv. En lo atinente a la **caducidad de la acción** señaló que se presentó esta excepción ya que la Resolución 001266 de 16 de septiembre de 2009, mediante la cual se retiró del servicio al actor no fue demandada dentro los 4 meses siguientes a la notificación de la misma.

Aunado a lo anterior advirtió que «el acto administrativo que el demandante decidió impugnar judicialmente, esto es el oficio CSEDex No. 0517 de 13 de febrero de 2012, no está reconociendo ni negando prestaciones periódicas, razón por la cual el acto que debió demandarse era la resolución No. 001266 del 16 de septiembre de 2009. » (f. 88).

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Cesar mediante providencia de 13 de febrero de 2014², declaró probadas las excepciones de legalidad del acto administrativo contenido en el Oficio CSEDex número 0517 de 13 de febrero de 2012 y la inexistencia del derecho. Como consecuencia de lo anterior negó las pretensiones de la demanda.

El Tribunal frente a las excepciones propuestas por la entidad demandada correspondientes a la legalidad del acto administrativo contenido en el Oficio CSEDex número 0517 de 13 de febrero de 2012 e inexistencia del derecho, inepta demanda, y caducidad de la acción. Señaló que de prosperar alguna, no podría hacer un estudio de fondo sobre el asunto.

Manifestó que la excepción de inepta demanda no está llamada a prosperar al igual que la de caducidad de la acción.

² Folios 201 a 221.

Expresó, que se vislumbró que no existió ningún interés por parte del accionante en demandar la nulidad de la Resolución número 001266 de 16 de septiembre de 2009, mediante la cual se retiró del servicio al demandante por haber cumplido la edad de retiro forzoso, ya que la intención de él no es el reintegro al cargo que ocupaba sino el pago de las prestaciones sociales supuestamente generadas a partir de su desvinculación laboral, situación que fue definida en el acto demandado.

Consideró que como no se demandó la Resolución 001266 de 16 de septiembre de 2009, no se puede hablar de caducidad de la acción, por tal motivo no prospera esa excepción.

Expuso que el demandante fue retirado del servicio de la entidad accionada por medio de la Resolución 001266 de 16 de septiembre de 2009 por cumplir con la edad de retiro forzoso y que se le cancelaron sus prestaciones sociales generadas antes del retiro producto de la relación laboral adelantada, tales como cesantías definitivas, retroactivo de homologación y nivelación salarial, cesantías causadas por concepto de las modificaciones del proceso nivelación por homologación del personal administrativo del sistema general de participaciones adscritos a la Secretaría de Educación del departamento del Cesar.

Adujo que mediante comprobantes de pago se demostró que desde el año 2006 hasta el 2009, la entidad demandada efectuaba la cancelación al demandante de sus salarios y demás prestaciones sociales, observándose los aportes realizados a pensión al ISS.

Recalcó que el accionante pretende el pago de todas las prestaciones sociales causadas con posterioridad a su retiro, pues según el actor, la administración departamental no podía retirarlo del cargo, así hubiese llegado a la edad de retiro forzoso, como quiera que aún no había adquirido su pensión.

Explicó que el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, por medio del cual se modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, estableció que constituye justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o el servidor público cumpla los requisitos establecidos en ese artículo para acceder a la pensión de vejez, y que la terminación del contrato o de la relación legal o reglamentaria tendrá ocurrencia cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte del Sistema General de Pensiones.

Narró que la anterior norma fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1037 de 5 de noviembre de 2003, en la que señaló que una persona no puede ser retirada del servicio, así cuente con la edad de retiro forzoso, sin haberla notificado del reconocimiento de la pensión, y, además, de ser notificada de su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente por parte de la entidad nominadora, pues sólo así, puede cesar la vinculación laboral.

Opinó que si bien es cierto que se encuentra acreditado que el demandante fue retirado del cargo de celador por parte del departamento del Cesar, por haber llegado a la edad de retiro forzoso, también es verdad que no existe documento en el que se acredite que le fue notificado el reconocimiento de su pensión con la respectiva inclusión en nómina de pensionados por parte del ISS, o por lo menos, que ya cumple con los requisitos para acceder a la pensión, razón por la cual, ello acarrearía la vulneración al ordenamiento jurídico.

Sin embargo, en el plenario quedó demostrado que el señor Hely Lara Guerra no pretende con la demanda la nulidad de dicho acto administrativo de retiro, y, así lo dejó claro también al momento de agotar la vía gubernativa, sino el reconocimiento de las prestaciones sociales supuestamente causadas a partir de su desvinculación, a las cuales según él tiene derecho por dicha omisión al momento de su desvinculación.

Aseveró que las normas invocadas por el demandante como fundamento de la supuesta violación por parte de la entidad demandada, al negarse a cancelar las prestaciones sociales a las que a su entender tiene derecho, luego de terminada la relación laboral, ninguna hace alusión a tal posibilidad, por lo que de entrada constituye una inexistente vulneración de las normas señaladas.

Dijo, que las prestaciones sociales han sido establecidas por el legislador para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador **que se originan durante la relación de trabajo, y que en ningún momento la ley ha determinado que éstas se generen luego de terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria.**

Concluyó que el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales generadas con posterioridad a su retiro y hasta que el demandante sea incluido en nómina de pensionados, no es procedente, pues si bien legalmente la desvinculación del trabajador no puede ocurrir sin antes ser notificado sobre el reconocimiento de su pensión o su inclusión en nómina de pensionados, también es cierto que el actor ya se encuentra en edad de retiro forzoso, por lo que no es procedente su reintegro, y consecuentemente con ello sólo tiene derecho al pago de las prestaciones causadas mientras duró la relación laboral; las cuales como quedó demostrado le fueron canceladas en su totalidad.

Por lo tanto, consideró que no habrá lugar a acceder a las súplicas de la demanda, por lo que las excepciones planteadas por la entidad accionada sobre legalidad del acto administrativo contenido en el Oficio CSEDEX número 0517 de 13 de febrero de 2012 e inexistencia del derecho tendrán vocación de prosperar.

APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de alzada (ff. 223 a 227) contra la sentencia de 13 de febrero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar.

Afirma en resumidas cuentas que la sentencia apelada debió acceder a las pretensiones de la demanda por cuatro motivos, los cuales son:

1. Estimó que no hay documentos que acrediten que el demandante fue incluido en la nómina de pensionados 2. No está de acuerdo en que la sentencia de primera instancia se analizara una pretensión que no se incluyó en la demanda, consistente en la solicitud de reintegro del actor al cargo que ocupaba en la entidad demandada. 3. El *a quo* no confrontó en la sentencia el acto administrativo acusado con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 9 del Decreto 1160 de 1989, con el inciso 2 del artículo 8 de la Ley 71 de 1988, al igual que no atendió lo establecido en la sentencia C-1037 de 2003 citada en esa providencia recurrida, y 4. Se tiene por demostrado sin estarlo que al actor se le cancelaron todos los salarios y prestaciones sociales reclamados.

Expone que la sentencia admitió que no existe ningún documento que acredite que al actor le fue notificado un acto sobre el reconocimiento de su pensión, su inclusión en nómina por parte del ISS, o por lo menos que ya cumple con los requisitos para acceder a dicha prestación y que no declara la nulidad del acto acusado por considerar que el actor no puede ser protegido con posterioridad a la terminación de la relación laboral.

El apoderado de la parte demandante no está de acuerdo con la postura adoptada por el *a quo*, en tanto que aplicando analógicamente al artículo 140 del CST según el cual el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del empleador, y en el presente caso, el actor fue retirado por haber llegado a la edad de retiro forzoso, situación que considera el demandante no es una

conducta punible o de castigo y que por ende ello no amerita la desprotección del Estado.

Señala que mientras el ex trabajador no sea incluido en nómina de pensionados, no existe terminación de la relación legal y reglamentaria, según la sentencia C-1037 de 2003.

Recalca que el actor es una persona de la tercera edad, mayor de 65 años, quien conforme a lo dispuesto por el artículo 46 e inciso final del artículo 13 de la Constitución debe tener una protección especial por haber superado la edad de retiro forzoso por parte del Estado.

Enuncia que el inciso 1 del artículo 9 del Decreto 1160 de 1989 estableció que:

«Artículo 9º.- **Efectividad y pago de la pensión.** Las pensiones de jubilación, invalidez y vejez, una vez reconocidas, se harán efectivas y deberán pagarse mensualmente desde la fecha en que el empleado o trabajador en forma definitiva se retire del servicio o se desafilie de los seguros de invalidez, vejez, muerte y accidentes de trabajo y enfermedad profesional. Para el efecto, **la respectiva entidad pagadora comunicará al empleador la fecha a partir de la cual se incluirá en nómina al pensionado para que proceda a su retiro del servicio**».

Tampoco confrontó el acto demandado con el inciso segundo del artículo 8 de la **Ley 71 de 1988: "Para tal fin la entidad de previsión social o el I.S.S., comunicarán al organismo donde labora el empleado, la fecha a partir de la cual va a ser incluido en la nómina de pensionados, para efecto de su retiro del servicio."**» (f. 225).

Expresa que las certificaciones salariales (ff. 11 y 79)³ cotejadas con los recibos de pago (ff. 115 – 153)⁴ demuestran, contrario a lo afirmado en el fallo apelado, que la entidad demandada no canceló en forma completa los sueldos básicos causados durante la relación laboral, omitiendo cancelar salarios como el del mes de diciembre de 2006, los intereses sobre cesantías

³ Folio 225.

⁴ Folio 225.

durante toda la relación laboral y provocando el pago incompleto de la prima de servicios, prima de vacaciones, incrementos salariales por antigüedad, vacaciones, auxilio de cesantías e intereses sobre cesantías y que por lo tanto esto conduce a la prosperidad de las sanciones e indemnizaciones pedidas en las condenas cuarta a sexta de la demanda.

Por todo lo anterior solicita que se revoque la providencia apelada y se acceda a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no hicieron uso del término para presentar sus alegatos de conclusión.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado emitió concepto número 045-2015⁵ mediante el cual estimó que la sentencia de 13 de febrero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar debe ser confirmada de acuerdo con los artículos 31 del Decreto 2400 de 1968, 29 del Decreto 3135 de 1968, 81 del Decreto 1848 de 1969 por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968, 1 de la Ley 33 de 1985 y 36 de la Ley 100 de 1993.

Señaló que para ser beneficiario del régimen de transición es necesario estar en una de las siguientes situaciones: 1. Haber cumplido 35 años o más si es mujer, o 40 o más, si es hombre, en el momento en que entró en vigencia el sistema general de pensiones. 2. Tener en el momento de la entrada en vigencia el sistema general de pensiones Ley 100 de 1993, 15 o más años de servicio o cotizaciones.

⁵ Folios 238 a 242.

Se tiene que para el 1 de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia el sistema pensional de la Ley 100 de 1993, el demandante contaba con 49 años de edad, por cuanto nació el 8 de septiembre de 1944, lo que indica que él se encontraba en el régimen de transición conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al encontrarse amparado el demandante bajo el régimen de transición le es aplicable en principio el régimen pensional del sector público anterior a la Ley 100 de 1993, o sea, la Ley 33 de 1985. No obstante, como fue retirado del servicio en razón de haber llegado a la edad de retiro forzoso, se encuentra en la situación prevista en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, consistente en que el empleado que cumpla 65 años será retirado del servicio haciéndose acreedor a una pensión por vejez.

Se acreditó que el demandante prestó sus servicios en el cargo de celador en la Institución Educativa Camilo Torres Restrepo del Municipio de Curumaní en el departamento del Cesar desde el 7 de noviembre de 1985 hasta el 7 (sic) de septiembre de 2009, para un total de 23 años, 10 meses y 9 días. (f. 242).

También que el accionante fue retirado del servicio activo por haber cumplido con la edad de retiro forzoso de 65 años, por medio de la Resolución número 001266 de 16 de septiembre de 2009.

Que antes de ser retirado del servicio se le cancelaron las prestaciones sociales tales como cesantías definitivas, retroactivo de homologación, nivelación salarial y cesantías generadas por concepto de las modificaciones del proceso de nivelación por homologación del personal administrativo del sistema general de participaciones adscritos a la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar, además de su salario y los aportes cotizados a pensión al Instituto de los Seguros Sociales.

Manifestó que teniendo en cuenta lo que pretende el accionante, o sea, el reconocimiento de todos los emolumentos causados después de su retiro, es decir, a partir del 16 de septiembre de 2009 por llegar a la edad de retiro forzoso, y no haber adquirido su pensión, sostiene esa Delegada que la situación del demandante tiene unas particularidades específicas que deben ser tenidas en cuenta para tomar una decisión.

Lo primero, que dentro del acápite de las pretensiones no se encuentra el deseo del demandante por ser vinculado nuevamente al servicio, hasta tanto no se defina su situación pensional; y mucho menos se demandó el acto administrativo por medio del cual se retiró del servicio; motivo por el cual se considera que no es procedente acceder al reconocimiento de los derechos salariales y prestacionales que alega.

Lo anterior, por cuanto el concepto de salario aparece como la remuneración que hace el trabajador al empleador como contraprestación directa del servicio que presta, de conformidad con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978.

Señaló que el departamento del Cesar tenía la obligación de pagarle al trabajador las prestaciones causadas mientras estuvo vigente la relación laboral, tal como lo hizo, según consta en el plenario de pruebas; y que una vez terminada la relación laboral se torna imposible el reconocimiento de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales dejados de percibir desde el momento del retiro de la Institución Educativa por cumplir la edad de retiro forzoso. Por lo tanto solicitó se confirme la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico.

Bajo el marco de lo decidido en la sentencia de primera instancia y lo alegado en el recurso de apelación el problema jurídico se contrae a

establecer si el demandante quien prestó sus servicios como celador adscrito al departamento del Cesar al haber sido retirado de su cargo, por cumplir con la edad de retiro forzoso, tiene derecho a que se le reconozca y pague salarios y prestaciones sociales reclamadas, causadas a partir de la fecha de su desvinculación hasta que se incluya en nómina de pensionados.

Como primera medida, la Sala reitera que el objeto de la decisión de segunda instancia se circunscribe a lo decidido en la sentencia del *a quo* y a lo sustentado en el recurso de apelación contra esa providencia.

Se tiene que el señor Hely Lara Guerra demandó en acción de nulidad y restablecimiento del derecho el Oficio número GCEXT 01050 de 13 de febrero de 2012 expedido por la Gobernación del departamento del Cesar, mediante el cual se le dio respuesta negativa a la solicitud consistente en que se le reconociera el pago de los valores correspondientes a sueldo básico, prima de transporte, prima de alimentación y otros emolumentos laborales causados desde la fecha de su retiro hasta que sea incluido en la nómina de pensionados.

El oficio anterior expresó lo siguiente:

«Una vez estudiada la solicitud, puede determinarse que no es procedente la misma, toda vez que verificada su hoja de vida se determina que la relación laboral de su poderdante, señor HELY LARA GUERRA con la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar, culminó mediante resolución número 1266 de septiembre 16 de 2009, acto administrativo este que lo retira del servicio por haber llegado a la edad de retiro forzoso, es decir 65 años de edad; de acuerdo al Artículo 122 del decreto 2400 de 1968, el cual establece que: "La edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto Nacional 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año". Por estas razones teniendo en cuenta el fundamento jurídico del decreto 2400 de 1968, no le es dable al estado cancelar valores laborales inexistentes como lo reclamado, puesto que se argumenta que los derechos solicitados nacen del derecho de la terminación de la relación laboral, y que no se notifico (sic) al empleado con seis meses de anticipación sobre la decisión a tomar, argumentos no validos (sic) para esta administración puesto, que la ley en su sentido lato debe refutarse conocida y que precisamente la edad de retiro forzoso en Colombia es un hecho de

conocimiento público y la edad de las personas es conocida en especial por cada uno de los que la ostentan, por tanto no es aceptable la argumentación de la notificación con seis meses de anticipación a la fecha de llegar a la edad de retiro forzoso.

En cuanto al derecho a la garantía de la irrenunciabilidad de la pensión, me permito recordarle que la edad máxima para obtener el status pensional es de 62 años, teniendo el funcionario público 3 años de garantía para hacer los trámites correspondientes para el reconocimiento de la pensión, la cual debe ser reconocida por la entidad que dentro del sistema de seguridad social, cubre el riesgo de la vejez del funcionario, por tanto, podemos establecer que en ningún momento la administración ha puesto en riesgo el disfrute de la pensión del solicitante.

No es posible reconocer los derechos laborales reclamados por usted, toda vez que en el momento del reconocimiento de la pensión a su poderdante, la entidad de seguridad social, reconocerá la pensión con derechos retroactivos desde el momento de la desvinculación del funcionario, ósea (sic) desde el día 16 de septiembre de 2009, incurriendo su poderdante en doble percepción de emolumentos públicos si accedemos en su pretensión, violando de esta manera lo preceptuado por la constitución (sic) nacional ...» (ff. 68 y 69).

El Tribunal Administrativo del Cesar mediante sentencia de 13 de febrero de 2014 resolvió declarar probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada consistentes en la legalidad del Oficio CSEdEx número 0517 de 13 de febrero de 2012 e inexistencia del derecho.

Frente a la providencia aludida, el apoderado del demandante en su recurso de apelación señaló que se debió acceder a lo solicitado en su demanda debido a que: 1. No existen documentos en los cuales se acredite que al demandante se le reconoció su pensión, o la inclusión a la nómina del ISS, o que por lo menos cumplió con los requisitos para acceder a esa prestación; 2. No está de acuerdo que en la sentencia se analizara una pretensión no solicitada en la demanda. 3. No confrontó en la sentencia el acto administrativo acusado con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 9 del Decreto 1160 de 1989, con el inciso 2 del artículo 8 de la Ley 71 de 1988, al igual que no atendió lo establecido en la sentencia C-1037 de 2003 citada en esa providencia recurrida, y 4. Se tiene por demostrado sin estarlo que al actor se le cancelaron todos los salarios y prestaciones sociales reclamados.

Ahora bien, el apoderado del accionante al manifestar que no existen documentos en los cuales se acredite el reconocimiento de su pensión o en la nómina del ISS, busca que no tenga efecto el acto administrativo de su retiro de la entidad accionada por reconocimiento pensional por llegar a la edad de retiro forzoso administrativo y con ello el pago de unas prestaciones sociales a las cuales él cree tener derecho.

Se tiene que esto no es justificante para esa pretensión, toda vez que esta Corporación frente a las prestaciones sociales ha dicho en sentencia de 21 de octubre de 2011. Proferida por la Sección Segunda – Subsección A. Expediente Radicación número 52001-23-31-000-2003-00451-01(1016-09) MP. Gustavo Gómez Aranguren lo siguiente:

«...han sido establecidas por el Legislador para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo.

Estas pueden estar representadas por dinero, servicios y otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador.

La Corte Suprema de Justicia las ha definido como aquello que debe el patrono al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, por haberse pactado en convenciones colectivas, pactos colectivos, en el contrato de trabajo, establecida en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono; para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma.

Las anteriores definiciones dejan claro que tanto las prestaciones sociales como el salario emergen indudablemente de los servicios de subordinados que se prestan al empleador. En otras palabras, unos y otros **se derivan igualmente de la relación de trabajo...**».Negrilla fuera del texto.

De conformidad con la citada jurisprudencia, las prestaciones sociales consistentes en la prima de transporte, prima de navidad, prima de alimentación, bonificación por servicios prestados, horas extras, primas de servicios, prima de vacaciones, incrementos salariales por antigüedad, vacaciones, auxilio de cesantías e intereses sobre las cesantías, las cuales cubren los riesgos del trabajador que se originan durante su relación de

trabajo. **Es decir, que durante el tiempo que no se desarrolla ninguna actividad laboral por parte del trabajador no surge el derecho al reconocimiento de esas prestaciones laborales.** En otras palabras la fuente legal de los salarios y las prestaciones sociales es el trabajo o actividad laboral que desarrolla como contraprestación el trabajador.

Además cabe señalar en este momento y para resolver también el segundo punto de los argumentos de la apelación, que se observa que el demandante no tenía interés en el reintegro y que no demandó el acto que lo desvinculó al empleo que ostentaba en el departamento del Cesar antes de ser retirado de su cargo por llegar a la edad de retiro forzoso administrativo y por tanto, tampoco pidió la nulidad de ese acto (Resolución número 001266 de 16 de septiembre de 2009)⁶.

El Tribunal Administrativo del Cesar, concluyó que el señor Hely Lara Guerra no solicitó el reintegro como pretensión en su escrito de demanda, toda vez que solamente deprecó lo referente a las prestaciones que consideraba tener derecho. En lo que atañe a esas prestaciones sociales solicitadas por el tiempo que no tuvo una relación laboral y hasta que se incluyera en nómina de pensionados, se tiene como se expuso anteriormente, que estas se causan durante la relación laboral, y como el citado vínculo laboral ya había terminado no tenía derecho sobre las mismas. Aunado a esto se enfatiza que se encuentra el principio de la sana crítica, el cual ejerció el Tribunal Administrativo del Cesar para proferir la sentencia de 13 de febrero de 2014.

En cuanto a lo aludido de que no se confrontó en la sentencia el acto administrativo acusado con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 9 del Decreto 1160 de 1989, con el inciso 2 del artículo 8 de la Ley 71 de 1988, al igual que no atendió lo establecido en la sentencia C-1037 de 2003 citada en esa providencia recurrida.

⁶ Folios 12 y 13.

Se aprecia que en la providencia recurrida sí se analizó la sentencia C 1037 de 2003 de 5 de noviembre de 2003, en la cual se transcribió diversos apartes de la misma los cuales están a folios (213 a 217) concluyendo que de manera general una persona no puede ser retirada del servicio, así cuente con la edad de retiro forzoso, sin haberla antes notificado del reconocimiento de la pensión y además de su inclusión en nómina de pensionados correspondientes por la entidad nominadora y que solo así puede cesar la vinculación laboral, pero al analizar este caso concreto de conformidad con lo pretendido y demostrado en el plenario, se aprecia que el demandante no pretende la nulidad de dicho acto sino el reconocimiento de las prestaciones sociales supuestamente causadas a partir de su desvinculación.

Así mismo, se tiene que esta Corporación mediante providencia de 6 de agosto de 2009 Sección Segunda – Subsección B. MP. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente radicación número 25000-2325-000-2005-05688-(00164-08). Realizó un análisis sobre el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 1998 y la sentencia C-1037 de 2003 de la Corte Constitucional. En donde expresó lo siguiente:

«Dentro de las modificaciones introducidas por la Ley 797 en su artículo 9º, se destaca la nueva causal de retiro laboral, disponiendo:

Parágrafo 3º.- Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquél.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.

De la lectura de esta norma, la Sala dilucida los siguientes alcances: En primer lugar, es claro que establece una nueva "justa causa" para dar por terminado el vínculo laboral: dicha justa causa no es, como aparentemente se desprende del primer párrafo, que el trabajador haya cumplido requisitos pensionales. **La causal se configura, como se observa en el segundo párrafo, cuando se ha producido el reconocimiento o notificación de la pensión.** Pero debe tenerse en cuenta el condicionante que agregó la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de la causal: **para que proceda es preciso que se haya notificado debidamente la inclusión en la nómina correspondiente de pensionados.**

En segundo término se advierte que esta nueva justa causa de terminación del vínculo laboral es aplicable en las dos grandes modalidades de vinculación laboral dependientes existentes en Colombia, a saber: el contrato de trabajo (de trabajadores particulares y oficiales) y la relación legal y reglamentaria propia de los empleados públicos. Ya la legislación de seguridad social había creado otra justa causa de terminación del vínculo, común a ambas modalidades, en el sistema de riesgos profesionales, en el literal b) del artículo 91 del Decreto Ley 1295 de 1994. En todo caso, la aplicación de esta causal a los empleados públicos es explícita en la norma, como se desprende del párrafo inicial y se reitera en el inciso final que alude a los servidores públicos afiliados al sistema de pensiones.

En tercer lugar, resulta importante destacar que esta causal de terminación del vínculo laboral implica que el reconocimiento de la pensión (y su correspondiente inclusión en nómina) constituye una opción y a la vez una potestad para el empleador, lo que significa que su utilización no tiene término o plazo legal alguno, es decir, el empleado al que le ha sido reconocida la pensión puede continuar en el cargo hasta que el empleador haga uso de la causal de terminación, como también puede proceder a renunciar, si lo desea, para disfrutar de su pensión.

En relación con la posibilidad que tiene el empleador de obligar al empleado a pensionarse cuando cumple requisitos de pensión y no solicita la pensión, aclara la Sala, que el segundo inciso de la norma citada, al prever que luego de treinta días de cumplir los requisitos pensionales, si el trabajador no solicita la pensión, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquél. Dos aspectos importantes hay en este elemento: de una parte, que es legal el trámite pensional por parte del empleador, lo que en la práctica se traduce en que la entidad empleadora sí puede obligar a pensionarse al trabajador que cumple requisitos. Y en el mismo sentido, el empleador puede obligar al empleado a pensionarse, pero no está obligado a hacerlo, es decir, que esa posibilidad es facultativa y no obligatoria para la entidad empleadora.

En consecuencia, si un servidor público incorporado al sistema general de pensión es virtud del Decreto 691 de 1994, obtiene su pensión de jubilación o de vejez conforme al régimen de transición que le sea

aplicable, puede ser sujeto de esta causal de terminación del vínculo laboral en los términos de la norma y con la aplicación del condicionante de la inclusión en nómina de pensionados, conforme a la sentencia C-1037 de 2003 de la Corte Constitucional.». (Negrilla fuera del texto).

De lo anterior se desprende, que para que sea efectivo el retiro del servicio del señor Hely Lara Guerra, se debió producir el reconocimiento o notificación de la pensión con la debida notificación de la inclusión en la nómina correspondiente de pensionados, tal como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia aludida, **pero en este caso, es preciso reiterar que no se demandó el acto mediante el cual se retiró del servicio al actor para que fuera reintegrado a la entidad accionada,** concluyéndose como bien lo dijo el *a quo* en sentencia de 13 de febrero de 2014 y la procuradora delegada mediante Concepto número 045-2015, que el demandante no tiene derecho a lo reclamado, y que lo que pretende, se insiste en ello, es el pago de unos salarios y prestaciones sin una contraprestación del servicio, sin solicitar el reintegro para materializar ese contraprestación, y sin que se solicitara el mismo en la demanda.

Es preciso decir, que esta jurisdicción es rogada y que por lo tanto, como el demandante no demandó la nulidad del acto que lo desvinculó, la Sala no puede abordar esta temática, toda vez sería un asunto *extra petita*, se itera como bien lo identificaron tanto el *a quo* como el agente del Ministerio Público, y como lo expresó el apoderado del demandante mediante recurso de apelación, que él no tiene interés en el reintegro al cargo que desempeñaba y de acuerdo con las pretensiones de esta demanda, mediante la cual busca el pago de unos salarios y prestaciones. Por consiguiente no se puede acceder a ello por cuanto existe una conexidad entre la solicitud de nulidad del acto de desvinculación y lo realmente pretendido en este caso, concluyendo que como no solicitó la nulidad del primero no tendría derecho a lo segundo.

Se tiene también, que como no se demandó el acto aludido que lo desvinculó, este sigue gozando de la presunción de legalidad y por lo tanto

continúa vigente y produciendo los correspondientes efectos legales. Si no se declara la nulidad de él, como consecuencia no tendrá un restablecimiento del derecho.

En igual sentido, en lo relacionado con la confrontación de lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 9 del Decreto 1160 de 1989⁷, con el inciso 2 del artículo 8 de la Ley 71 de 1988⁸, se tiene, que esa no comparación entre los dos artículos transcritos en las notas al pie 6 y 7 antes transcritos queda agotada con lo analizado por el *a quo* en la sentencia recurrida, ya que, al realizar el estudio de la sentencia C 1037 de 2003 de 5 de noviembre de 2003, en la cual se transcribió diversos apartes de la misma⁹, se hace un análisis sobre la **efectividad y pago de la pensión**, que una vez reconocidas, se harán eficaces. Asunto que ya fue desarrollado en el punto anterior, por lo tanto se itera que, para que proceda el retiro del servicio del demandante, se debió producir el reconocimiento o notificación de la pensión con la debida notificación de la inclusión en la nómina correspondiente de pensionados, sin embargo en este asunto no se demandó el acto mediante el cual se retiró del servicio al actor para que fuera reintegrado al cargo que ocupaba cuestión que ya fue estudiada anteriormente. Por lo tanto, lo aludido en la apelación en este sentido no es de recibo.

Frente a lo dicho por el accionante en el recurso de apelación en el sentido que el *a quo* tiene por demostrado, sin estarlo, que al actor se le cancelaron todos los salarios y prestaciones sociales reclamados. Se aprecia que no

⁷ «Artículo 9°.- Efectividad y pago de la pensión. Las pensiones de jubilación, invalidez y vejez, una vez reconocidas, se harán efectivas y deberán pagarse mensualmente desde la fecha en que el empleado o trabajador en forma definitiva se retire del servicio o se desafilie de los seguros de invalidez, vejez, muerte y accidentes de trabajo y enfermedad profesional. Para el efecto, la respectiva entidad pagadora comunicará al empleador la fecha a partir de la cual se incluirá en nómina al pensionado para que proceda a su retiro del servicio.

Para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo, las entidades pagadoras de las pensiones establecerán los procedimientos internos y los mecanismos necesarios para que la recepción de los documentos se realice en las dependencias que tengan establecidas en el lugar de residencia del pensionado o en el sitio más cercano a ella.

El pago de las mensualidades pensionales se efectuará en el lugar indicado por el interesado cuando la entidad pagadora cuente con servicios propios o contratados para tal fin.». (Subraya fuera del texto.

⁸ «ARTICULO 8o. Las pensiones de jubilación, invalidez y vejez una vez reconocidos, se hacen efectivas y deben pagarse mensualmente al pensionado desde la fecha en que se haya retirado definitivamente del servicio, en caso de que este requisito sea necesario para gozar de la pensión.

Para tal fin la entidad de previsión social o el I.S.S., comunicarán al organismo donde labora el empleado, la fecha a partir de la cual va a ser incluido en la nómina de pensionados, para efecto de su retiro del servicio. Para cobrar su primera mesada el pensionado deberá acreditar su retiro, mediante copia auténtica del acto administrativo que así lo dispuso o constancia expedida por el Jefe de Personal de la entidad donde venía laborando, o de quien haga sus veces.» (Subraya fuera del texto).

⁹ Folios 213 a 217 del expediente.

tiene fundamento esa afirmación, porque el demandante se contradice, toda vez que esa afirmación es manifiestamente opuesta a lo que expresó en la demanda, en la cual señaló lo siguiente:

«Al actor siempre le cancelaron sus derechos laborales conforme al salario mínimo legal mensual vigente, durante todo el tiempo de prestación de servicios personales» (f.44).

Además que a folio 211 en la sentencia recurrida el Tribunal Administrativo del Cesar anotó que:

«... al señor HELY LARA GUERRA, le fueron canceladas las prestaciones sociales generadas antes de ser retirado del servicio, es decir, aquellas producto de la relación laboral adelantada, tales como cesantías definitivas (Resolución No. 006188 del 27 de noviembre de 2009), retroactivo de homologación y nivelación salarial (Resolución No. 000261 del 21 de julio de 2010), cesantías generadas por el concepto de las modificaciones del proceso de nivelación por homologación del personal administrativo del sistema general de participaciones adscritos a la secretaría de educación del Departamento del Cesar (Resolución No. 0002414 del 18 de julio de 2011).

Por otro lado, se logró demostrar con los comprobantes de pago allegados al proceso, que desde el año 2006 hasta el 2009, la entidad accionada efectuaba el pago al actor, de su salario y demás prestaciones sociales, observándose al interior de ello, los aportes realizados a pensión al Instituto de Seguros Sociales» (ff. 210 y 211).

Los emolumentos reconocidos al demandante están soportados en los folios 77 a 79 del expediente en donde aparecen los pagos realizados desde los años 1998 hasta el año 2009, y el soporte de los pagos causados desde septiembre de 2006 hasta septiembre de 2009 a folios 115 a 153, y las resoluciones mediante las cuales se reconocieron sus prestaciones durante el tiempo que estuvo vinculado tampoco fueron demandadas, por lo tanto es un absurdo que en la apelación se pretenda discutir un asunto que no fue deprecado por el actor en la demanda.

En consecuencia ese cargo tampoco tiene vocación de prosperidad.

Por lo tanto, la sentencia apelada debe ser confirmada

DECISIÓN

Por todo lo anteriormente expuesto y una vez analizadas las pruebas en conjunto como lo establece la sana crítica, esta Sala de Subsección procederá a **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar de 13 de febrero de 2014.

En mérito de lo expuesto, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia de 13 febrero de 2014, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar por las razones expuestas en la parte motiva.

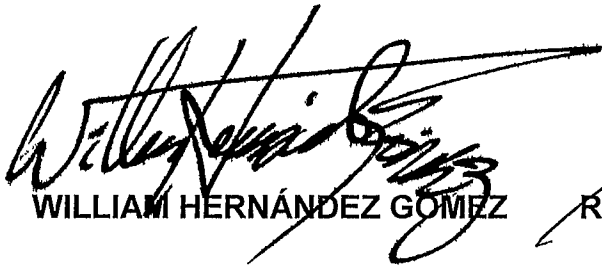
SEGUNDO: En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

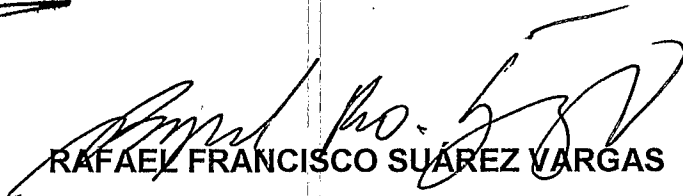
La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.



GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ



WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ



RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

