

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., diez (10) de julio de dos mil catorce (2014)

REF: Expediente No. 25000-23-25-000-2002-12189-01 (1575-2011)

**Actor: YUMAIRA MALDONADO GARCÍA C/ FONDO DE PREVISIÓN
SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA - FONPRECON-**

AUTORIDADES NACIONALES - F A L L O -

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto tanto por la parte demandante como por la parte demandada, contra la sentencia de 15 de abril de 2011 proferida en los procesos acumulados por la Sección Segunda, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, parcialmente estimatoria de las súplicas de las demandas instauradas por la señora YUMAIRA MALDONADO GARCÍA, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la actuación administrativa expedida por el FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA - FONPRECON-, por medio de la cual, suspendió el pago del 50% del valor que le fue reconocido a su cónyuge, el señor Carlos Alfonso Hernández Ballesteros, por concepto de Auxilio de Cesantías definitivas *post mortem*.

ANTECEDENTES

En el proceso 2002-12189, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora YUMAIRA MALDONADO GARCÍA, presentó demanda y su adición, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 1318 de 19 de noviembre de 2001, por la cual se dejó en suspenso el 50% de la suma liquidada al causante por concepto de Auxilio de Cesantía definitiva *post mortem*, y la nulidad de la Resolución No. 558 de 4 de julio de 2002, confirmatoria de la anterior, ambas proferidas por la Dirección General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

En el proceso 2003-08476 igualmente, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la misma actuante, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 1286 de 26 de noviembre de 2002, en la cual se reliquidaron las cesantías causadas ante la ausencia de prescripción y nuevamente se dejó en suspenso el pago del 50% de ellas, y la nulidad de la Resolución No. 824 de 11 de junio de 2003, que vía recurso de reposición confirmó la anterior, una y otra emitidas por la misma Dirección General.

A título de restablecimiento del derecho en los dos procesos solicitó, que se ordene al Fondo demandado y en su favor, el reconocimiento y pago del 50% que quedó suspendido, correspondiente al Auxilio de Cesantías *post mortem* con la inclusión de la prima de vacaciones para efecto de su liquidación al igual que la cancelación de la sanción por el retardo en el pago de que trata el parágrafo del artículo 2° de la Ley 244 de 1995, equivalente a un día de salario por cada día de atraso, sumas que deben reajustarse con el IPC desde el deceso del causante, además, la condena al pago de las costas procesales, si

hay lugar a ello, y el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

En uno y otro libelo, la actora relató en el acápite de **hechos**, que el 31 de marzo de 1991 contrajo matrimonio con el señor Carlos Alfonso Hernández Ballesteros, quien laboró al servicio del Congreso por más de 25 años, siendo su último cargo el de Asesor VI en el Senado de la República y quien falleció el 23 de octubre de 2000, fecha en la cual su sociedad conyugal y su convivencia se encontraban vigentes y era su beneficiaria del servicio de salud.

En condición de cónyuge sobreviviente y en representación de su hija menor Karla Margarita Hernández Maldonado, procreada con el causante, adelantó ante Fonprecon la reclamación correspondiente al reconocimiento y pago de las cesantías definitivas *post mortem*, que fueron liquidadas por el periodo comprendido entre el 30 de septiembre de 1982 y el 23 de agosto de 2000, con un salario base de \$8.608.608.

Pero, Fonprecon se abstuvo de hacerle entrega de dicho auxilio, porque de igual manera, la señora María Gladis Cabrera Galeano, elevó solicitud en el mismo sentido, en calidad de compañera permanente del fallecido y madre de dos de sus hijas, para lo cual allegó declaraciones extrajuicio.

También, la señora Nubia Luz Valdeblánquez Márquez elevó petición en igual sentido a favor de su hijo, que fue engendrado con el occiso, pero sin invocar la situación de compañera permanente.

Fue así como en la Resolución No. 1318 de 19 de noviembre de 2001, se reconoció a favor de los cuatro hijos del extinto, el 50% de las cesantías *post mortem* equivalente a \$32.732.383, y el otro 50%, se dejó en suspenso ante la existencia de la controversia entre las dos beneficiarias. En la Resolución No. 1317 de la misma fecha, se declaró la presunta prescripción sobre parte de las cesantías reclamadas.

Interpuesto el recurso de reposición contra ambas decisiones, el Fondo por medio de la Resolución No. 558 de 4 de julio de 2002, confirmó la Resolución No. 1318 y en la Resolución No. 559 de la misma fecha, revocó la No. 1317, al estimar que no existía prescripción del auxilio, entre el 21 de octubre de 1974 y el 30 de septiembre de 1982 y ordenó en consecuencia, realizar la nueva liquidación de las cesantías.

En el **proceso acumulado** demandó la Resolución No. 1286 de 26 de noviembre de 2002, en la que en cumplimiento de la Resolución 559, el Fondo realizó la nueva liquidación, que ascendió a la suma de \$99.257.791, pero dejando igualmente suspendido el 50% de dicho valor, hasta que por sentencia judicial se definiera definitivamente la situación entre la cónyuge y la compañera permanente y de igual manera, demandó la Resolución No. 824 de 11 de junio de 2003, que no repuso la anterior. El *petitum* de esta demanda se centró en que en la liquidación no se tuvo en cuenta la prima de vacaciones como factor salarial, además, se desconoció que el reconocimiento del 50% del valor de las cesantías, ya se encontraba suspendido.

El Fondo, mediante las Resoluciones Nos. 422 de 12 de marzo de 2003 y 1025 de 17 de julio del mismo año, decidió reconocerle su derecho a la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge *supérstite*.

Invocó como **normas violadas** por falta de aplicación, los artículos 29 de la Carta Política, 44 del Decreto 3118 de 1968, 8° de la Ley 153 de 1887, 19 del Código Sustantivo de Trabajo, 1781 del Código Civil, 14, 15 y 35 del Decreto 2837 de 1986, 7° del Decreto 1884, 45 del Decreto 1045 de 1978, 15 de la Ley 33 de 1985, 34 del C.C.A., y por indebida aplicación los artículos 295 y 44 del Decreto 3135 de 1968.

Sostuvo, que por vía de interpretación analógica, ante la ausencia de disposición que de manera expresa regule este tipo de situaciones, el Fondo debió acudir a lo normado por el artículo 7° del Decreto 1884 de 1993 reglamentario de la Ley 100 de 1993, según el cual, el derecho a la pensión de sobrevivientes lo tiene en primer lugar la cónyuge y a falta de esta, la compañera permanente; por lo que en este asunto, en realidad no existe disputa. Y antes que dejar en suspenso la prestación reclamada con fundamento en el Código Sustantivo del Trabajo que rige al trabajador particular, debió aplicar las preceptivas propias de los empleados oficiales del nivel nacional.

Vulneró además el debido proceso, porque sin existir norma que lo permitiera, dejó suspendida la decisión sobre la prestación reclamada, cuando era necesario que se pronunciara a favor de la solicitante con mejor derecho, recurriendo a las reglas del buen juicio y de la sana crítica en la valoración del caudal probatorio conformado por los documentos anexos a las solicitudes y a las demás probanzas que luego se allegaron. Ligado a que omitió practicar las pruebas que le fueron solicitadas en su oportunidad y se excedió en el tiempo para decidir la solicitud prestacional, que no puede pasar de 45 días, mismo término con el que legalmente se cuenta para su pago.

Incurrió en expedición irregular, pues aunque estaba obligado legalmente a decidir definitivamente sobre la solicitud prestacional, no lo hizo por medio de actos debidamente motivados, limitándose sólo a relacionar las pruebas y las normas aplicables; en desvío de poder, al preferir aplazar el reconocimiento y pago prestacional hasta que un juez definiera el asunto, antes que agotar todos los recursos probatorios posibles, defraudando con tal omisión el interés de la justicia; en falsa motivación, porque los motivos determinantes de la actuación acusada hicieron aparecer a las dos reclamantes con idéntico derecho, no obstante que la totalidad de las pruebas allegadas y de las solicitadas que no fueron practicadas, era dable inferir que a quien le asistía el derecho era a la cónyuge sobreviviente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **FONDO** en ambas respuestas se opuso a las súplicas de las demandas y en síntesis argumentó, que dejó en suspenso el 50% del derecho reclamado, en cumplimiento a las normas que rigen el tema de las cesantías en caso de muerte del trabajador y hasta tanto la justicia ordinaria laboral establezca cuál es su legítimo beneficiario, teniendo en cuenta, que su calidad en este proceso es de litisconsorte facultativo a quien le da lo mismo reconocer la aludida prestación a una u a otra persona y frente al cual no es posible predicar sanción moratoria alguna, ante la controversia prestacional generada entre la cónyuge y la compañera permanente. Además, no es posible aplicar la Ley 100 de 1993, porque regula aspectos relacionados con la materia pensional para eventos específicos, siendo las cesantías definitivas una prestación social diferente, que se regula por normativa propia.

En el proceso **2002-12189**, presentó como excepción la “*Falta de litis consorte necesario*”, respecto de la señora María Gladis Cabrera Galeano,

quien aparece como compañera permanente del causante y que con la sentencia vería afectos sus intereses. Y, en la respuesta a la adición de esta demanda, sobre la inclusión de la prima de vacaciones para la liquidación de las cesantías de un empleado del Congreso indicó, que dicho factor salarial debe ser tenido en cuenta para tal efecto, como lo disponen los Decretos 2837 de 1986 y 1045 de 1978, pero en este caso, lo que se certificó fue la indemnización por prima vacacional.

En el mismo proceso, la señora María Gladis Cabrera Galeano manifestó, que la razón por la cual el Fondo se abstuvo de pagar el valor total de las cesantías correspondientes al causante, radica en que no se ha establecido por el juez competente mediante sentencia, su real convivencia marital con este último y propuso como medios exceptivos los que denominó *“legalidad de los actos acusados”*, porque fueron expedidos con apego a la ley, *“Falta de legitimación en la causa por activa para demandar”* por parte de la actora, porque no representa a los titulares de los derechos particulares y concretos reconocidos a través de la actuación objetada; *“Falta de causa para demandar”*, pues cuando se presenta conflicto entre la cónyuge sobreviviente y la compañera permanente, la ley tiene previsto un procedimiento para dirimirlo, que por supuesto, no es la acción ahora instaurada; *“Falta de presupuestos para la prosperidad de la acción”*, porque las resoluciones acusadas contienen un conflicto entre particulares que debe ser solventado por el juez ordinario, sumado a que los herederos no fueron convocados al proceso; y *“Cualquiera otra excepción que se configure”*.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de 15 de abril de 2011 consideró, que planteada la controversia

entre la cónyuge y la compañera permanente, es evidente que Fonprecon profirió la actuación acusada conforme a derecho y con criterios de sana administración, precisamente para evitar incurrir en un pago indebido de las cesantías definitivas.

Estimó, que como quiera que el proceso de sucesión del causante se encuentra en curso ante el Juzgado 3° de Familia de Bogotá, en el que en la relación de bienes está denunciada una partida correspondiente a la suma de \$32.732.383 por concepto de cesantías definitivas que le fueron reconocidas por el Fondo; se trata entonces, del mismo concepto que ahora y ante esta Jurisdicción se reclama a través de los procesos acumulados. Lo anterior significa, que estos últimos se quedan sin materia litigiosa, pues será al interior del proceso liquidatorio de sucesión por causa de muerte, que la controversia se verá resuelta.

Indicó, que se debe negar la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción por mora ante la no cancelación de las cesantías definitivas, porque la misma no se puede atribuir a la entidad, habida cuenta que se generó en el debate suscitado entre la cónyuge y la compañera permanente.

Accedió a la pretensión de reliquidación de las cesantías con la inclusión de la prima de vacaciones y la indexación correspondiente, porque según el literal k del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, esta prima es uno de los factores de salario que debe computarse para tal efecto. En consecuencia, declaró la nulidad parcial de la Resolución No. 1286 de 2002 y ordenó que la suma correspondiente se ponga a disposición del Juzgado 3° de Familia de Bogotá, para que obre como crédito de la sucesión del causante.

APELACIÓN

La actora en el escrito contentivo de la alzada manifestó, que se deben conceder todas las pretensiones de las demandas acumuladas, porque las cesantías que le corresponden, en ningún momento fueron puestas a disposición del Juzgado 3° de Familia -en el que hace un tiempo culminó el proceso sucesorio-, por el contrario, se encuentran en depósito en el Fondo, a la espera de que se resuelva a quién deben ser entregadas. Además, las cesantías fueron indebidamente retenidas, lo que da lugar a decretar la sanción por mora solicitada, porque en su debida oportunidad ante la entidad, se comprobó plenamente el derecho que le asistía sobre ese 50%.

El Fondo expresó su inconformidad, **sólo**, en lo que atañe a la reliquidación de la prestación con la inclusión de la prima de vacaciones, insistiendo en que los Decretos 2837 de 1986 y 1045 de 1978, que determinan los factores para liquidarla, no contemplan la indemnización por prima de vacaciones, ligado a que no existe certificación expedida por el empleador en la que se indique el valor que corresponde a esta última, además, porque con ocasión del deceso, el causante no pudo disfrutar sus vacaciones y fue por ello que tuvieron que ser indemnizadas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante. En síntesis reiteró, que en la certificación expedida por el Juzgado 3° de Familia en cuanto a la relación de bienes del proceso sucesorio, no quedó claro si las cesantías fueron excluidas de los inventarios y avalúos, pues de haberlo hecho, se le habían adjudicado en la liquidación de la sociedad conyugal por causa de muerte a título de gananciales. Insistió en

condenar al Fondo a la sanción por mora en el pago de dicha prestación, porque continúa en su poder sin colocarla a disposición de la autoridad competente.

La parte demandada. Indicó, que la prima de vacaciones no es un factor salarial que deba tenerse en cuenta en la liquidación del auxilio, puesto que se trata de otra prestación social. Además, no corresponde a un ingreso de carácter remunerativo del servicio.

El interviniente adhesivo en el proceso 2003-08476, señor Carlos Alfonso Hernández Ballesteros, igualmente hijo del occiso y de la señora Nubia Luz Valdeblánquez Márquez, expuso que le asiste interés, porque si prosperan las pretensiones de la demanda, tiene derecho a la diferencia que resultare entre la liquidación de las cesantías definitivas con la inclusión de la prima de vacaciones indexada.

El Ministerio Público. No intervino en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta que en esta oportunidad el recurso de alzada fue interpuesto, tanto por la parte demandante como por la parte demandada, la competencia de la Sala para pronunciarse sobre las inconformidades que manifiestan ambos apelantes, se lleva a su total amplitud, lo que permite la revisión de todo lo decidido por el *a quo*, de conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.

Pues bien, la cuestión litigiosa se contrae a establecer si a la demandante, quien actúa en calidad de cónyuge sobreviviente, le asiste el derecho al reconocimiento y pago del 50% del Auxilio de Cesantías definitivas que dejó causadas el occiso, quien laboró en calidad de empleado del Congreso, con inclusión de la prima de vacaciones y con derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de dicho auxilio.

MARCO NORMATIVO

Legalmente las prestaciones sociales se han considerado como pagos, representados en dinero o en especie, que el empleador le debe hacer al empleado, bien sea de manera directa o por intermedio de las entidades de previsión, con la finalidad de cubrir los riesgos o las necesidades de este último, que encuentren su origen en la relación laboral.

Dentro de estas prestaciones se encuentra el **Auxilio de Cesantías**, que se ha concebido por la ley, como la suma de dinero que el empleador está obligado a pagar al trabajador a razón de un mes de salario por cada año de servicio¹, al momento en el que se finiquita la relación de trabajo y que tiene por finalidad, prever las necesidades que se originan para el empleado ante el cese de la actividad productiva.

¹ Desde la Ley 10 de 1934, cuando se creó el Auxilio de Cesantías para el empleado particular y con motivo de su despido injusto, pasando por la Ley 6ª de 1945, que lo consagró expresamente como prestación social para los empleados y obreros nacionales, y por la Ley 65 de 1946, que lo extendió a todos los asalariados cualquiera fuera la causal de retiro, luego por el Código Sustantivo de Trabajo y por la Ley 50 de 1990, siempre este auxilio se ha determinado en razón a un mes de salario por cada año de servicio.

En lo que hace referencia a aquellas personas que se encuentren afiliadas al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, como es el caso particular de los **empleados del Congreso**, se debe tener presente lo que para ellos se encuentra estipulado por el **Decreto 2837 de 1986**², por medio del cual se aprobó el reglamento general sobre las condiciones para el reconocimiento y efectividad de las prestaciones económicas a cargo de Fonprecon, que en el **artículo 14**³ determina al Auxilio de Cesantías, como una prestación que debe ser reconocida a sus afiliados al igual que a los beneficiarios de estos, según sea el caso.

Es así como en su **artículo 18** en cuanto a la **cuantía de sus cesantías**, establece que se deben reconocer y pagar a razón de un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año servido, y en lo que concierne a su **liquidación** prescribe, que se deben tener en cuenta como **factores salariales**, siempre que el afiliado tenga derecho a ellos y en las proporciones señaladas en las disposiciones legales vigentes, los siguientes: “a) *Dietas*; b) *Asignación básica mensual*; c) *Gastos de representación y prima técnica*; d). *Dominicales y feriados*; e) *Horas extras*; f) *Auxilios de alimentación y transporte*; g) *Prima de navidad*; h) *Bonificaciones*; i) *Prima de servicios o semestral*; j) *Viáticos*; k) *Prima de antigüedad*; l) **Prima**

² Decreto 2837 de 1986 “Por medio del cual se aprobó el reglamento general sobre las condiciones y términos necesarios para el reconocimiento y efectividad de las prestaciones económicas a cargo del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República”.

³ **Artículo 14.** “El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República reconocerá y pagará a sus afiliados así como a los beneficiarios de éstos, según el caso, las siguientes prestaciones económicas de acuerdo con las normas legales y reglamentarias. - **Auxilio de cesantía**, - *Pensión vitalicia de jubilación*, - *Pensión de invalidez*, - *Pensión de retiro por vejez*, - *Sustitución pensional*, - *Auxilio funerario de los pensionados*, - *Auxilio por muerte*, - *Auxilio por enfermedad profesional*, - *Auxilio por enfermedad no profesional*, - *Auxilio por accidente de trabajo*, - *Auxilio por maternidad*”.

de vacaciones; II) El trabajo suplementario y el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio”.

En este punto vale la pena destacar, que el Decreto 1045 de 1978 por el cual se fijan las reglas para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, en el artículo 45, igualmente contempla dentro de los factores de liquidación de las cesantías a la prima de vacaciones⁴.

Teniendo presente que en lo que concierne a la sanción moratoria por el no pago del pre mentado auxilio, el Decreto en mención no contiene regulación expresa, se debe entonces acudir a lo estipulado por la Ley 244 de 1995⁵ reguladora del pago de las cesantías de los servidores públicos, en cuyo artículo 1° se dispone, que las entidades dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las cesantías definitivas por parte de dichos servidores de todos los órdenes, están obligadas a expedir la resolución correspondiente, siempre que reúna todos

⁴ **Decreto 1045 de 1978. Artículo 45.** “De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario: a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación y la prima técnica; c) Los dominicales y feriados; d) Las horas extras; e) Los auxilios de alimentación y transporte; f) La prima de navidad; g) La bonificación por servicios prestados; h) La prima de servicios; i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio; j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978; **k) La prima de vacaciones;** l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; II) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968”.

⁵ La Ley 244 de 1995 “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”, es la que regula esta litis habida cuenta que se encuentran en debate actos administrativos expedidos en los años 2001 a 2003. Esta Ley fue adicionada y modificada por la **Ley 1071 de 2006**, en lo que concierne al retiro parcial de cesantías.

los requisitos determinados en la Ley. Y, de acuerdo con su artículo 2°, para efectuar la cancelación de esta prestación social, cuentan con una plazo máximo de 45 días hábiles, a partir de la fecha en la que quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación, so pena de constituirse en mora; situación, que les determina la obligación de reconocimiento y cancelación del auxilio con sus propios recursos, en proporción de un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago.

De esta manera, cuando la entidad no se pronuncie frente a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, el término para el cálculo de la indemnización moratoria se comenzará a computar a partir del día siguiente a los 65 días hábiles posteriores a la radicación de la petición de Cesantías definitivas, que obviamente debe ser posterior al retiro; término que comprende: 15 días hábiles para expedir la resolución de liquidación de las cesantías definitivas, 5 días hábiles de su ejecutoria y 45 días hábiles para efectuar el pago de la prestación social.

Sobre la transmisión del Auxilio de Cesantías a los herederos de los empleados del Congreso, no se estipula nada al respecto por parte del Decreto 2837 de 1986, por lo que se debe acudir a lo dispuesto por la normativa general⁶.

⁶ El Decreto 3118 de 1968 *“Por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones...”* en el artículo 44 señaló, que cuando se presenta la muerte del trabajador, la entrega de las sumas que se encuentren a su favor en dicho Fondo, se hará *“directamente a las personas que señala el artículo 204, literal e), del Código Sustantivo del Trabajo, mediante el procedimiento previsto en el artículo 212 del mismo estatuto”*. Y el artículo 204 del C.S.T., establece, que en caso de muerte del afiliado cuando le sobrevivan cónyuge e hijos, ambos tienen derecho al pago de una suma de dinero equivalente a 24 meses de salario del trabajador: la mitad para el cónyuge y la otra mitad para los hijos, por partes iguales. Sin embargo esta disposición fue derogada por el artículo 98 del Decreto 1295 de 1994 *“Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos*

De acuerdo con los anteriores preceptos se puede inferir, que las prestaciones económicas del **empleado del Congreso**, encuentran especial regulación en el Decreto 2837 de 1986, que en lo que respecta al caso particular del Auxilio de las Cesantías, de manera expresa, contempla a la prima de vacaciones dentro de los factores que se deben tener en cuenta al momento de efectuar su liquidación, más no, la prima técnica, igual como ocurre para la liquidación de este auxilio, cuando se trata del caso de los empleados públicos del nivel nacional.

Igualmente se deduce, que como en este Decreto no se contemplan disposiciones alusivas a los eventos en los que Fonprecon incurra en mora en el pago del referido auxilio, ni al caso de la transmisión del mismo a los sucesores del afiliado, se debe acudir a la normativa general, que no es otra, la Ley 244 de 1995, que en sus artículos 1° y 2° fija los términos para el pago oportuno de las cesantías de los servidores públicos y el Decreto 3118 de 1968, que al establecer las normas relativas a este auxilio para el caso de los empleados públicos, en su artículo 44, por remisión al Código Sustantivo de Trabajo, determinó a la cónyuge y a los hijos del *de cujus* como beneficiarios de esta prestación económica.

DE LO ACREDITADO EN EL PROCESO

Profesionales”, sin que en el mismo se estipule norma alguna concerniente a la entrega de sumas a los beneficiarios del empleado fallecido.

Está demostrado en el expediente, que el fallecido prestó sus servicios en el **Senado** de la República en calidad de Contador categoría 25 desde el 21 de octubre de **1974** hasta el 1° de enero de 1975; como Asistente Auxiliar del 1° de enero de 1975 al 1° de marzo de 1977; como Auxiliar de Contabilidad entre el 30 de marzo de 1977 y el 1° de agosto de 1978 y del 25 de septiembre de 1978 al 18 de mayo de 1982; como Asistente de la nómina 250 desde el 18 de mayo de 1982 hasta el 11 de agosto de 1982; como Asistente en la categoría 1 entre el 1° de octubre de 1982 y el 20 de julio de 1990. Luego laboró en la **Cámara de Representantes** del 20 de julio de 1990 al 1° de septiembre de 1994 en el cargo de Asesor VI. Nuevamente trabajó al servicio del **Senado** entre el 1° de septiembre de 1994 y el **23 de octubre de 2000 -fecha de su muerte-**, como Asesor VI. (fls. 36 a 38, 40, 39 cdn. 3).

El 3 de noviembre de 2000, el Senado de la República en Resolución No. 1437, resolvió retirar al occiso del servicio por causa de muerte y en consecuencia declarar vacante el cargo de Asesor VI. (fls. 12 cdn. 3).

El 22 de marzo de 1985 nació su hijo Carlos Eduardo Hernández Valdeblánquez de la unión con la señora Nubia Luz Valdeblanquez Márquez. (fls. 27 cdn. 3).

El 17 de marzo de 1986 y el 4 de noviembre de 1988 nacieron sus hijas Pamela Melissa Hernández Cabrera y Denise Angélica Hernández Cabrera de la unión con la señora María Gladis Cabrera Galeano. (fls. 28 y 29 .cdn. 3).

El 31 de marzo de 1991 contrajo matrimonio con la demandante y de esa unión, el 10 de febrero de 1993, nació Karla Margarita Hernández Maldonado. (fls. 23 y 26 cdn. 3).

El 16 de marzo de 2001 la señora Yumaira Maldonado García -hoy demandante-, en calidad de cónyuge sobreviviente del occiso, elevó ante Fonprecon petición de reconocimiento y pago de cesantías definitivas. El 23 de abril de 2001, en igual sentido, su compañera permanente, señora María Gladis Cabrera Galeano, presentó solicitud ante el Fondo, argumentando su convivencia con aquél en los últimos dos años anteriores a su deceso. También el 7 de mayo de 2001 y reclamando igual derecho, compareció la señora Nubia Luz Valdeblánquez Márquez, en representación del hijo menor concebido con el extinto y sin invocar la calidad de compañera. (fls. 11, 22, 30 a 33, 66 a 67 y 72 cdn. 3).

En la Resolución No. 1318 de 19 de noviembre de 2001, el Fondo reconoció a favor del causante la cesantía definitiva *post mortem* por valor de \$65.464.766, pero dejó suspendido el 50% equivalente a \$32.732.383, hasta que “se presente copia auténtica de la sentencia judicial definitiva que decida a quien le corresponde” entre las beneficiarias, señoras Yumaira Maldonado García -cónyuge- y María Gladis Cabrera Galeano -compañera permanente-, en atención a la controversia que se presenta entre ellas. Y el otro 50%, ordenó se distribuyera en partes iguales entre los hijos del causante. (fls. 11 a 15 cdn. ppal.).

El anterior acto fue confirmado por la Resolución No. 558 de 4 de julio de 2002, habida cuenta que “... *las dos solicitantes de la sustitución pensional acreditan convivencia para la misma época con el causante... y que las dos procrearon hijos con el causante que a la fecha son menores de edad, adicionalmente según lo informa la señora MARIA GLADIS CABRERA GALEANO, en el juzgado tercero de familia cursa proceso de sucesión del causante, el Fondo... dejará en suspenso el 50% del valor de las cesantías reconocidas hasta tanto*

las interesadas presenten copia debidamente autenticada de la sentencia judicial definitiva que haya decidido a quien le asiste mejor derecho". (fls. 3 a 10 cdn. ppal.).

Según la Resolución No. 1317 de la misma fecha, el Fondo declaró la prescripción de las cesantías definitivas por el periodo comprendido entre el 21 de octubre de 1974 al 1° de marzo de 1977 y entre el 29 de marzo de 1977 y el 11 de agosto de 1982, ante la falta de continuidad en la prestación del servicio. (fls. 99 a 101 cdn. 3).

Pero, por medio de la Resolución No. 559 de 4 de julio de 2002, se repuso la anterior decisión, en el entendido que en este evento, no operó el fenómeno de la prescripción, porque el peticionario siempre reclamó las cesantías y el Fondo siempre se las canceló con retroactividad al 21 de octubre de 1974, por medio de actos administrativos que se encuentran ejecutoriados. (fls. 134 a 138 cdn. 3).

En Resolución No. 1286 de 26 de noviembre de 2002, se dio cumplimiento al anterior acto, liquidando nuevamente las cesantías definitivas causadas por el fallecido, determinando su valor en la suma de \$99.257.791, pero, nuevamente dejando en suspenso el 50% correspondiente a \$49.628.895,50, hasta que “*se presente copia auténtica de la sentencia judicial definitiva que decida a quien le corresponde*” entre la cónyuge y la compañera permanente. Y, ordenó la distribución del otro 50%, en partes iguales, entre los hijos del causante, que efectivamente fueron girados en su favor según Resolución No. 1600 de 24 de diciembre de 2002. (fls. 161 a 164 y 165 a 166 cdn. 3).

Vía recurso de reposición, la anterior decisión fue confirmada por medio de la Resolución No. 824 de 11 de junio de 2003, en el entendido de que tanto la

cónyuge como la compañera permanente acreditaron convivencia con el extinto por idéntica época, además de que las dos procrearon hijos con el mismo y adicionalmente se tiene noticia de que “... *en el juzgado tercero de familia cursa proceso de sucesión del causante...*”, motivo por el cual se debe dejar en suspenso el 50% del valor de las cesantías reconocidas ante la existencia de dicha polémica. (fls. 191 a 201 cdn. 3).

ANÁLISIS DEL ASUNTO

De estas probanzas se infiere, que FONPRECON reconoció en favor del extinto, el Auxilio de Cesantías definitivas que dejó causadas en calidad de empleado del Congreso, ante las reclamaciones que al respecto elevaron su cónyuge sobreviviente -hoy actora-, en nombre propio y en el de su hija menor concebida con aquél dentro del matrimonio, al igual que la señora María Gladis Cabrera Galeano, en calidad de compañera permanente en nombre propio y de sus dos hijas menores fruto de la convivencia con el fallecido. Además, elevó petición en igual sentido, pero sin invocar la condición de compañera permanente, la señora Nubia Luz Valdeblánquez Márquez, en representación de su hijo menor concebido con el difunto.

El Fondo, en atención a que el causante laboró a su servicio entre los años 1974 y 2000, siempre en calidad de empleado del Congreso, siendo el último cargo desempeñado, el de Asesor VI del Senado de la República, decidió reconocerle el auxilio en mención, advirtiendo, que en razón a que tanto la cónyuge como la compañera permanente presentaron petición formal tendiente al reconocimiento de las Cesantías, situación que se traduce en una controversia suscitada entre ambas en torno a una misma prestación, procedía entonces a efectuar la liquidación correspondiente, ordenando el

reconocimiento -según el artículo 44 del Decreto 3118 de 1968-, del 50% del valor total de las mismas para los hijos menores, entre quienes debían dividirse en partes iguales, pero, dejando suspendido el otro 50%, hasta que se le allegara fotocopia auténtica de la sentencia judicial definitiva, que decidiera a quién correspondía hacerle entrega de dicha suma. Lo anterior, ante el conocimiento que tuvo por parte de la compañera permanente, que en el Juzgado Tercero de Familia de Bogotá, cursaba el proceso de sucesión del occiso. (fls. 9 y 14 cdn. ppal. y 5 cdn. 2).

En efecto, el 8 de febrero de 2011, el Juzgado Tercero de Familia de Bogotá certificó, que adelantaba proceso de sucesión intestada del *de cujus*, en cuya diligencia de inventarios y avalúos adicionales realizada el 24 de abril de 2002, en el capítulo de bienes sociales, en la partida segunda, se encontraba denunciada *“La suma de \$32.732.383.00 valor de la cesantía definitiva reconocida por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República a favor del causante mediante resolución No. 01318 del 19 de noviembre de 2001”*.

Pues bien, al analizar las acciones acumuladas de nulidad y restablecimiento del derecho, instauradas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo surge evidente, que lo que pretende la demandante al amparo de las mismas, es obtener para sí e invocando la calidad de cónyuge *supérstite*, el pago del 50% del valor del Auxilio de Cesantías definitivas que el Fondo dejó suspendido, prevalida del registro civil de matrimonio y de nacimiento de su hija procreada con el causante en conjunto con prueba testimonial.

En este punto se debe resaltar, que aunque es cierto, que la actuación administrativa acusada, en tanto que es contentiva de la liquidación del auxilio se constituye en demandable ante esta Jurisdicción, no lo es menos, que su

competencia está instituida para velar por el sometimiento de los actos administrativos a la ley; por lo que no le es dable al Juez Contencioso Administrativo, emitir pronunciamiento respecto a quién le corresponde la adjudicación del derecho a ese 50% de las Cesantías definitivas, pues esta decisión encuentra su origen en un conflicto sucesoral entre particulares.

Y no puede ser de otra manera, porque teniendo en cuenta, que en este caso en particular, desde la muerte del *de cujus* han concurrido, con el fin de obtener el pago del referido auxilio, no sólo la cónyuge sobreviviente, sino también la compañera permanente; es claro, que tal disputa, en tanto que gravita en torno a la reclamación de unos derechos sucesorales entre herederos concurrentes, le compete al Juez de Familia. Este juez al interior del proceso sucesorio y según las pruebas que en el mismo reposen debe determinar, cuál de esas dos personas comprobó tener un mejor derecho herencial respecto de los bienes sociales.

Siendo entonces, la determinación de ese mejor derecho sucesoral a la obtención del pago del Auxilio de Cesantías definitivas, un tema ajeno a la naturaleza de la acción contencioso administrativa, debe ser el juez natural en la justicia ordinaria, concretamente en la especialidad de familia, el que debe dirimir este conflicto, lo que se traduce en que la accionante debe acudir ante dicha autoridad, no sólo en aras de obtener solución al mismo sino principalmente, en acatamiento del principio del juez natural, que se encuentra establecido en el inciso 2° del artículo 29 Superior y que se constituye en elemento medular del debido proceso, en la medida en que comporta la exigencia de que un asunto debe ser sometido al conocimiento de ese juez competente, independiente e imparcial a quien por virtud de la ley se le ha atribuido el conocimiento de un determinado asunto, lo que a su vez se traduce para las partes, en la seguridad de un juicio ecuaníme y con plenas garantías.

En esta línea, debe entonces la demandante, en caso de que el proceso sucesorio haya finiquitado, allegar ante el Fondo, la respectiva decisión judicial de familia definitiva del referido proceso, en la que se encuentre determinado si efectivamente al interior del mismo, comprobó la existencia de un mejor derecho sucesoral respecto de la compañera permanente, que le habilite la adjudicación del 50% del valor del Auxilio de Cesantías definitivas que dejó causadas el extinto, y que como quedó probado, forma parte de la partida segunda dentro de la diligencia de inventarios y avalúos adicionales, a fin de que le efectúe el pago correspondiente. En caso contrario, deberá esperar la emisión de la sentencia y la ejecutoria de la misma, que en caso de que la determine como sucesora con mejor derecho al 50% del auxilio, se tornará en título ejecutivo que le permitirá acudir ante Fonprecon a fin de que le cancele la aludida prestación.

Ahora bien, en lo que concierne a la legalidad del acto acusado se encuentra, que el Fondo para efecto de la liquidación del Auxilio de Cesantías, como factores tuvo en cuenta: la asignación básica mensual, **la prima técnica**, de antigüedad, de navidad, de servicios o semestral y la bonificación por servicios. **No** incluyó la prima de vacaciones.

Sin embargo, el Decreto 2837 de 1986, que como líneas atrás se explicó, regula la situación particular del empleado del Congreso, dispone expresamente, que para efecto de liquidar esta prestación económica, se debe tener en cuenta la prima de vacaciones y no enlista como factor a la prima técnica; por lo que es evidente, que en este caso, adolece de nulidad la liquidación del Auxilio de Cesantías definitivas, cuando omite incluir la prima de vacaciones y tiene presente a la prima técnica.

Con lo anterior se deduce, que en cuanto a la **prima de vacaciones**, no le asiste la razón al Fondo cuando en sus intervenciones procesales alega que lo que aparece certificado como devengado por el causante es la indemnización por prima vacacional; porque en efecto, el factor que legalmente se debe contemplar para efecto liquidatorio de la cesantía, es la prima de vacaciones, que efectivamente aparece percibida en el correspondiente certificado y sin que el demandado la haya contemplado en la liquidación, encontrándose en la obligación legal de hacerlo. Ligado a que la accionante nunca solicitó la inclusión de la referida indemnización por prima vacacional.

Ahora, teniendo en cuenta que fueron objeto de demanda, en el proceso 2002-12189: la Resolución No. 1318 de 19 de noviembre de 2001, que dejó suspendidas las cesantías definitivas en la suma de \$32.732.383 y su confirmatoria la No. 558 de 4 de julio de 2002, y en el proceso 2003-08476: la Resolución 1286 de 26 de noviembre de 2002, que ordenó la reliquidación de dicho auxilio dejando en suspenso el valor de \$49.628.895,50 y la que la confirmó No. 824 de 11 de junio de 2003; es por lo que la decisión del *a quo* será adicionada, en cuanto a que se debe declarar la nulidad, no solo de la Resolución No. 1286 de 26 de noviembre de 2002, sino de los demás actos acusados en ambos procesos, en consideración a que toda esta actuación administrativa se torna en ilegal ante la no inclusión de la prima de vacaciones como factor de liquidación.

Lo anterior se traduce en que el Fondo deberá realizar una nueva liquidación del Auxilio de Cesantías definitivas, que incluya como factor a la prima de vacaciones y poner dicho acto administrativo en conocimiento, no solo del Juez Tercero de Familia para lo de su competencia, sino además del señor

Carlos Alfonso Hernández Ballesteros en calidad de hijo del causante y quien se hizo parte del proceso como coadyuvante. (fls. 204 cdn. 2).

En torno a la **prima técnica** como elemento que ilegalmente se contempló en la liquidación, se previene en el sentido, que aunque fue incluido y en consecuencia fue objeto de reconocimiento y pago a los hijos del causante; en aplicación del artículo 85 de la Carta Política, respecto de la misma no se ordenará devolución alguna, en tanto que dichos beneficiarios la percibieron de buena fe.

Diferente sucede en el caso de la demandante y de la compañera permanente, en el entendido, de que el Fondo deberá realizar nueva liquidación descartando el valor de la prima técnica ilegalmente incluida, siempre y cuando, aún no se haya proferido por parte del Juez Tercero de Familia, sentencia definitiva que se encuentre legalmente ejecutoriada y en la que se haya definido a quien está comprobado le asiste el mejor derecho en la asignación de la partida segunda correspondiente al Auxilio de Cesantía definitiva. Por el contrario, si existe sentencia definitiva ejecutoriada, los dineros que por tal concepto le correspondan a una de estas dos personas, según lo decidido por el Juez Tercero de Familia, se entienden percibidos de buena fe y por tal razón aplica a dicha situación, el principio vertido en el artículo 85 Constitucional, por lo que no deben ser objeto de devolución.

En cuanto a la sanción moratoria, según lo expuesto en párrafos precedentes, se observa que le asiste razón al Tribunal cuando niega la imposición de la misma frente al Fondo, porque evidentemente el retraso en el pago de la prestación económica, no le es atribuible, ante el hecho de la existencia de un proceso de familia del cual depende la determinación respecto a quién le asiste mejor derecho para percibirla.

Corolario de lo expuesto, la decisión del Tribunal se confirmará en cuanto declaró la nulidad de la Resolución No. 1286 de 26 de noviembre de 2002 y se adicionará, en el sentido de que se declarará la nulidad de la restante actuación administrativa, ante la no inclusión de la prima de vacaciones.

F A L L A

Primero: CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 15 de abril de 2011, en cuanto declaró la nulidad de la Resolución No. 1286 de 19 de noviembre de 2001, dentro de la demanda promovida por la señora YUMAIRA MALDONADO GARCÍA contra el FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA - FONPRECON-.

Segundo: ADICIÓNASE el fallo emitido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 15 de abril de 2011, porque igualmente son nulas las Resoluciones Nos. 1318 de 19 de noviembre de 2001, 558 de 4 de julio de 2002 y No. 824 de 11 de junio de 2003, según lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

Tercero: En consecuencia **ORDÉNASE** al FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA -FONPRECON-, efectuar nueva liquidación del Auxilio de Cesantías definitivas que corresponden al señor Carlos Alfonso Hernández Ballesteros (q.e.p.d.), según lo estipulado en los considerandos de esta providencia y dando cumplimiento a las advertencias allí expuestas.

Cuarto: PÓNGASE la presente decisión en conocimiento del Juez Tercero de Familia de Bogotá para lo de su competencia al igual que del señor Carlos Alfonso Hernández Ballesteros en calidad de hijo del causante y quien actuó al interior del proceso como coadyuvante.

Reconócese al Abogado Freddy Rolando Pérez Huertas como apoderado judicial del demandando, en los términos y para los efectos conferidos en el poder visible a folio 277 del expediente.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO