



**Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del
Atlántico**

JUZGADO SEXTO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla, Trece (13) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicado	08001333300720150036800
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante	HORACIO DE JESUS GUERRERRO LOPEZ
Demandado	UNIVERSIDAD DEL ATLANTICO
Juez (a)	MAURICIO JAVIER RODRIGUEZ AVENDAÑO

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, interpuesta por HORACIO DE JESUS GUERRERO LOPEZ, contra la UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II.- ANTECEDENTES

- DEMANDA

Solicita el actor que se declare la nulidad de la Resolución No. 002261 del 15 de diciembre de 2014, notificada el 20 de enero de 2015, la cual niega la inclusión nuevamente en la nómina de la beneficiaria, los factores salariales de transporte, auxilia de alimentación y auxilio navideño. Como consecuencia de la anterior decisión solicita:

- Ordénese el reintegro o restitución en el pago de la nómina de Horacio de Jesús Guerrero López, lo factores salariales de auxilio de transporte y auxilio de alimentación y se le sigan pagando los anteriores factores salariales los cuales fueron excluidos de una manera unilateral e inconsulta y sin ninguna actuación administrativa, a partir del mes de julio de 2003 hasta cuando se le dé cumplimiento al respectivo fallo proferido, por parte de la Universidad del Atlántico.

- Se incluya al actor en la nómina los factores, auxilio de transporte, auxilio de alimentación y auxilio navideño, más reajuste salariales y las diferencias salariales como son: Prima de navidad, cesantías intereses sobre cesantías bonificaciones, vacaciones, prima de vacaciones aportes a seguridad social en salud, pensión, riesgo profesionales, subsidio familiar, y demás emolumentos salariales y prestacionales derivados de la relación laboral, dejados de percibir. Desde el momento en que se produjo la exclusión de los conceptos salariales mencionados.

- Declarar y ordenar que la sentencia que accede a las pretensiones de la demanda se cumpla en los términos de los Artículos 192, 194 y 195 del CPACA.

- Declarar que no ha existido solución de continuidad en el pago de factores salariales denominados auxilio de transporte y auxilio de alimentación, para efectos de futuras liquidaciones salariales y demás prestaciones sociales, que tienen que cancelar y actualizar la Universidad del Atlántico.

- Condénese en costas y en agencias del derecho a la Universidad del Atlántico y en perjuicios si los hubiere.

- HECHOS

Los hechos narrados este despacho los sintetiza así:

El señor Horacio de Jesús Guerrero López, fue nombrado el 14 de julio de 1987 en el cargo de Técnico Administrativo, el cual es considerado de carácter público y no oficial, quien se encuentra actualmente vinculado, acogiéndose al régimen salarial del decreto 1042 de 1978 artículo 42 y en la actualidad sigue vinculado recibiendo salarios permanentes.

Hasta el mes de junio de 2003 el señor HORACIO DE JESUS GUERRERO LOPEZ, devengaba un salario básico mensual, más los incrementos salariales anuales y los factores salariales de auxilio de transporte y auxilio de alimentación a saber de la siguiente manera:

- Auxilio de transporte \$158.137
- Auxilio de alimentación \$ 74.103
- Auxilio navideño \$646.162

Los anteriores conceptos salariales, se le cancelaban al demandante desde el momento en que fue nombrado, y de carácter permanente, por lo tanto constituyen derechos adquiridos, por disposición de lo ordenado en el Artículo 58 de la Constitución Nacional.

A partir del 1 de julio de 2003 se excluyó de la nómina del actor los conceptos mencionados, sin ninguna actuación administrativa previa, sin ningún fallo judicial y sin consentimiento de sus beneficiarios, disminuyendo su salario en \$878.402. Teniendo conocimiento de lo anterior solo hasta el momento de recibir el pago disminuido y constatar con el volante de pago en el mes de julio de 2003. Desmejorando con ello su situación laboral y disminuyendo su salario.

Que la Vicerrectora Financiera Administrativa y de Talento Humano de la Universidad del Atlántico, certificó que: *"El rector de la Universidad del Atlántico, JUAN BAUTISTA ROMERO MENDOZA, ... acatando instrucciones impartida por el Consejo Superior, en sesión de Junio 16 de 2003, excluyo del salario de los servidores públicos docentes y administrativos de la Institución, los factores extralegales Auxilio de Transporte, Auxilio de Alimentación y Auxilio Navideño, en aplicación de lo dispuesto en el Decreto 1919 de 2002."* No obstante, asegura el actor que, en la sesión del Consejo Superior de la Universidad del Atlántico No. 005 del 16 de junio del 2003, no se aprobó en ella la exclusión de la nómina de los empleados públicos administrativos de la universidad del Atlántico, los conceptos salariales de auxilio de transporte, auxilio de alimentación y auxilio navideño, dándose por lo tanto una falsa motivación.

De igual forma sostiene, que el decreto 1919 de 2002, consolidó los derechos adquiridos.

Que Mediante escrito de 20 de noviembre de 2014, el actor presento petición solicitando la inclusión de los factores en mención, cuya respuesta fue negativa, sin indicar los recursos procedentes.

- CONCEPTO DE VIOLACION

El concepto de violación la parte actora, lo sustenta en los siguientes cargos:

- *Violación al debido proceso,*

La mencionada exclusión de factores salariales fue hecha sin mediar orden judicial o administrativa. Invocando lo indicado por la Corte Constitucional en Sentencia T-567 de 2005, sobre los actos unilaterales que deben estar en todo momento bajo lo preceptuado y regulado previamente en la Constitución y la ley. De igual forma se violó el derecho a la defensa al momento de excluirse los factores salariales mencionados y en su respuesta al derecho de petición no informaron los recursos procedentes hacia la misma, violando el derecho de audiencia.

Sobre la expedición irregular del acto como causal de anulación, el Consejo de Estado señala que es causal de nulidad, su expedición irregular y con desconocimiento de derecho de audiencia y defensa.

- *Expedición irregular de los actos que excluyeron los factores salariales, auxilio de transporte, auxilio de alimentación y respuesta negativa del derecho de petición*

La exclusión unilateral de los factores salariales de auxilio de transporte y auxilio de alimentación y respuesta negativa de petición fueron irregularmente expedido debido a vicios en la forma al momento de su elaboración y promulgación, es decir, no se señalaron los fundamentos constitucionales y legales, no fue motivado y omitió los considerandos, no comprendiendo las razones de hecho y derecho en la decisión adoptada, ni mencionó los recursos que procedían contra este acto administrativo.

- *Falsa Motivación*

La exclusión de los factores salariales de auxilio de transporte, auxilio de alimentación y auxilio navideño, no se fundaron en norma alguna, solo se hizo por decisión del rector, acatando instrucciones del Consejo Superior en sesión de 16 de junio de 2003, en aplicación del Decreto 1919 de 2000. Sin embargo, el decreto en mención no fue instituido para excluir de la nómina beneficios o prerrogativas, sino para fortalecer derechos adquiridos, encontrándose con que los fundamentos para excluir de la nómina los mencionados factores, están plasmado de falsa motivación.

- *Falsa Motivación por error en la constatación de los hechos,*

Manifiesta que el Consejo de Estado ha sostenido que los actos que extingan, supriman o modifiquen una situación jurídica ya creada, deberán motivarse, teniendo en cuenta la situación fáctica, calificación jurídica.

- *Falta de competencia y pérdida de fuerza de ejecutoria*

Por violación a los artículos 65 de la ley 30 de 1992, 18,23 y 27 de acuerdo superior No. 001 de 1994 estatuto general de la universidad del Atlántico, artículo 157 numeral 19 literal e y f de la CN. Tampoco lo puede hacer por delegación de conformidad al artículo 10 de la ley 489 de 1998. Por lo tanto, el consejo superior de la Universidad del Atlántico, no puede delegar estas funciones a los rectores de la Universidad el Atlántico, careciendo, así de competencia el mencionado funcionario.

- CONTESTACIÓN

La parte demandada contesta demanda, aduciendo que por encontrarse en una relación legal y reglamentaria las partes, los derechos de los empleados públicos no pueden estar descritos en convenciones colectivas, ni en contrato de trabajo, sino en la ley. Oponiéndose a cada una de las pretensiones, manifestando que los factores cuya inclusión está solicitando en la presente demanda, son prestaciones convencionales y por lo tanto solo es aplicable a los trabajadores oficiales.

La génesis de dichas prestaciones es una convención colectiva de trabajo, solo aplicable a los trabajadores oficiales. Por lo tanto, el acto administrativo es legal y teniendo en cuenta el bloque de constitucionalidad instaurado en el artículo 15 de la Constitución Política y la ley 30 de 1992, establecieron que el régimen salarial y prestacional de los profesores y personal administrativo de las universidades estatales será el establecido en la ley 4 de 1992 en concordancia con la ley de educación, los decretos reglamentarios y demás normas que adicionan y complementan.

No existe norma jurídica contenida en decreto dictados por el Gobierno nacional en armonía con la ley 4 de 1992 que hubiere establecido a favor de los servidores públicos que hacen parte del personal administrativo de las universidades públicas, prestaciones sociales diferentes a la ordenadas por la ley, de cual resulta que el pago de estos conceptos salariales constituyen una clásica vía de hecho que no consulta al ordenamiento jurídico.

En consecuencia, la inexistencia de un derecho adquirido en la persona del actor, implica de suyo que no sea titular de ninguna facultad o medio jurídico o material que le sirva de fuente jurídica para aspirar a mantener su erogación de sumas de dinero que están prohibida por la Constitución y la ley.

Sobre el concepto de violación afirma que el acto administrativo demandado es inexistente, y por tanto los pagos recibidos por los mencionados factores, constituyen una vía de hecho y no otorga un derecho adquirido a quienes lo recibieron por que un error de hecho o de derecho no constituyen fuente de Derecho, careciendo de causa lícita.

Ahora bien, manifiesta que las convenciones colectivas que extienden beneficios a empleados públicos son inconstitucionales. La competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, la ejerce el congreso mediante leyes, nunca mediante convenciones colectivas de trabajo.

Presentó las siguientes excepciones: i. caducidad, ii. Prescripción, iii. Falta de jurisdicción, iv inepta demanda.

- ACTUACION PROCESAL

La demanda fue presentada el 25 de marzo de 2015, correspondiéndole por reparto al Juzgado Séptimo Administrativo Oral Del Circuito. Posteriormente, en virtud del acuerdo PSAA13-9260 del 21 de febrero de 2015 en su artículo 5, y la redistribución de 352 procesos del Juzgado Séptimo Administrativo, con destino a este despacho, correspondió el conocimiento del presente proceso, avocando su conocimiento y admitiendo la demanda, mediante auto de 24 de agosto de 2015., ordenándose y realizándose las notificaciones los derechos.

La demanda fue contestada en tiempo por parte demandada Universidad del Atlántico, proponiéndose excepciones, a las cuales se les corrió traslado por Secretaría y fueron fijadas en lista el 17 de mayo de 2016. El 6 de septiembre de 2016, se celebró audiencia inicial, en la cual se resolvieron las excepciones previas de falta de Jurisdicción, inepta demanda y caducidad de la acción, no encontrando probado ninguna de las anteriores, decisión que fue apelada por la entidad demandada respecto a la excepción de falta de jurisdicción. En auto de fecha 8 de mayo de 2017, el Tribunal Administrativo del Atlántico, confirmó la decisión de este despacho, ordenando su devolución para continuar con el trámite.

El 16 de mayo de 2018, en continuación de la audiencia inicial, se declaró prelucido el periodo probatorio y se prescindió de la audiencia de alegaciones por considerarla innecesaria, ordenando la presentación de alegatos por escrito.

- ALEGACIONES

El apoderado del demandado, presentó sus alegatos solicitando que las pretensiones deben ser negadas por adolecer de sustento jurídico y por existir una Inaplicabilidad de convenciones colectivas a empleados públicos. En estos términos, la jurisprudencia ha sido enfática en señalar que la convenciones colectivas no pueden tener como beneficiarios a empleados públicos como quiera que dichas prerrogativas no es acorde con el régimen legal que regula a esta clase de servidores públicos.

En cuanto a la caducidad, alegó, que la posibilidad de demandar en cualquier tiempo actos que reconozcan o nieguen prestaciones periódicas contempladas en el artículo 164 CPACA se desvanece cuando la prestación ha perdido su carácter periódico. Citando al Consejo de Estado, afirma que los actos que reconocen prestaciones periódicas están comprendidos no solo las decisiones que reconocen prestaciones sociales, sino también aquellos reconocen prestaciones salariales que periódicamente sufragan al beneficiario siempre y cuando la periodicidad en la retribución se encuentre vigente. Como quiera que los factores pretendidos dejaron de pagarse desde el 2003, y la demanda solo fue interpuesta en el año 2015, resulta claro que esta se encuentra afectada por caducidad.

La parte actora no presentó alegatos

- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Judicial delegada en asuntos administrativos ante éste Despacho, rindió concepto, concluyendo que deben negarse las pretensiones del demandante, toda vez que no se encontró probado en el sub iudice que al ser el actor empleado público se encontraba inmerso en las excepciones de que trata el artículo 55 superior, por lo que podría suscribir convenciones colectivas y aún menos gozar de derecho salariales extralegales que devienen de ese tipo de acuerdo, tales como auxilio de transporte, auxilio de alimentación y auxilio de navidad.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

No advirtiéndose ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia correspondiente.

IV.- CONSIDERACIONES

- EXCEPCIONES O CUESTIONES PREVIAS

Inicialmente, el despacho considera necesario pronunciarse en relación con la excepción caducidad propuesta por la Universidad del Atlántico desde la contestación de la demanda y reiterada en los alegatos de conclusión.

Al respecto, se considera pertinente el Despacho hacer claridad respecto a la distinción existente entre las figuras jurídicas de caducidad y prescripción, para lo cual traeremos a colación lo reiterado por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹ al respecto:

El Consejo de Estado² al analizar la caducidad y la prescripción, ha dicho:

"(...) La caducidad es un fenómeno cuya ocurrencia depende del cumplimiento del término perentorio establecido para ejercer las acciones ante la jurisdicción derivadas de los actos, hechos, omisiones u operaciones de la administración, sin que se haya ejercido el derecho de acción por parte del interesado. De lo anterior se concluye que la caducidad ocurre por la inactividad de quien tiene el deber de demandar en el tiempo permitido para hacerlo, para no perder el derecho de ejercer la acción, lo cual no genera un pronunciamiento de fondo por parte de las autoridades judiciales. Es decir que el término dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción, en cuanto a la nulidad y restablecimiento del derecho es de 4 meses lo cual se constituye como un instrumento que mantiene y protege la seguridad jurídica que debe brindar el Estado para la estabilidad social de sus integrantes. Mediante sentencia de 26 de marzo de 2009, actor José Luis Acuña Henríquez, radicado 1134-2007 (...)
"El derecho al acceso a la administración de justicia, garantizado con el establecimiento de diversos procesos y jurisdicciones, conlleva el deber de un ejercicio oportuno, razón por la cual, se han establecido legalmente términos de caducidad para racionalizar el ejercicio del derecho de acción, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y no puedan ser ventiladas en vía judicial."
*En este orden de ideas, la acción prevista debe interponerse dentro del plazo indicado para cada acción so pena de incurrir en caducidad de la acción, **que para el caso de los actos administrativos de carácter prestacional implica la pérdida de los derechos incluidos en cada acto, los cuales pueden solicitarse nuevamente ante la administración, evento en el cual se genera un nuevo acto con un nuevo termino perentorio.** (...)(Se subrayó)*

Ahora, respecto a la prescripción en la misma providencia se sostuvo:

"(...) La prescripción es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea

¹ CONSEJO DE ESTADO, CONSEJERA PONENTE: DOCTORA SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ (E), siete (07) de septiembre de dos mil quince (2015), Rad.70012333000201300346 01, (0327-2014)

² Providencia de veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010), radicación número: 47001-23-31-000-2003-00376-01(1201-08), Consejera Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez, reiterada el cinco (5) de marzo de dos mil quince (2015), EXPEDIENTE N° 270012333000 201300248 01 (1153-2014), Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

en materia adquisitiva o extintiva. La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados so pena de perder dicha administración. La Corte Constitucional frente a la prescripción de derechos, en sentencia C-662 de 2004, Magistrado Ponente (...), estableció los siguientes parámetros: "La prescripción, como institución de manifiesta trascendencia en el ámbito jurídico, ha tenido habitualmente dos implicaciones: de un lado ha significado un modo de adquirir el dominio por el paso del tiempo (adquisitiva), y del otro, se ha constituido en un modo de extinguir la acción (entendida como acceso a la jurisdicción), cuando con el transcurso del tiempo no se ha ejercido oportunamente la actividad procesal que permita hacer exigible un derecho ante los jueces. A este segundo tipo de prescripción es al que hace referencia, la norma acusada. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que: "El fin de la prescripción es tener extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado. (...) Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio, o sea la negligencia real o supuesta del titular;". De acuerdo con lo anterior se tiene que la norma establece para el ejercicio de los derechos un tiempo determinado dentro del cual se debe solicitar su ejecución, y si transcurre dicho tiempo y no se solicitó, se traduce en la pérdida de interés para ejercerlo.³

De conformidad con ello, es claro que la caducidad y la prescripción son fenómenos jurídicos totalmente distintos, pues el primero de los mencionados se refiere al término perentorio para ejercer el derecho de acción judicial, mientras que el segundo tiene que ver con el ejercicio del derecho que se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo.

Siendo ello así y atendiendo los argumentos expuestos por la demandada, es notorio que los mismos se fundamentan en la presunta tardanza en que incurrió la parte actora para ejercer o solicitar su derecho, lo cual, como ya se dijo, atañe más al fenómeno jurídico de la prescripción que de la caducidad, razón por la que se considera pertinente indicar que el mismo se estudiará más adelante con el fondo del asunto

Ahora si estudiamos lo concerniente a la caducidad de la acción, este Despacho habrá que indicar que, en el *sub iudice* no se encuentra demostrada, pues si bien, los emolumentos reclamados con la demanda no pueden dárseles el trato de una prestación periódica, como lo explicaremos más adelante, no es menos cierto que, el acto demandado es la Resolución 002262 de 15 de diciembre de 2014, a través de la cual se le resolvió negativamente a la parte demandante la petición presentada el 20 de noviembre de 2014, la cual le fue notificada el 20 de enero de 2015⁴, momento a partir del cual se inició el conteo de los cuatro (4) meses de que trata el literal D del artículo 164 del CPACA⁵, esto es, que el mencionado fenómeno jurídico operaba el 20 de mayo de 2015, mientras que la demanda fue presentada el 25 de marzo de 2015, es decir, dentro del término previsto.

³ Véase también lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-574 de 1998, Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

⁴ Véase el reverso del folios 28

⁵ "d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales..."

Así las cosas, es menester afirmar que el mencionado medio exceptivo no tiene vocación prosperidad.

- PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico se centra en determinar si:

¿Debe anularse la Resolución 002262 de 15 de diciembre de 2014, a través de la cual se le negó al actor, la inclusión en su nómina mensual, de los emolumentos salariales de auxilio de transporte, auxilio de alimentación y auxilio navideño, que devengaba desde la fecha de su vinculación a la Universidad del Atlántico, por cuanto afirma que, la exclusión y cesación de su pago se dio con violación del debido proceso, falsa motivación, de manera irregular y con falta de competencia?

- TESIS

Para este Despacho, frente a este tema ha manifestado en diversas ocasiones que el ente universitario demandado, se encontraba facultado para inaplicar de manera unilateral los actos con efectos *pro futuro* que reconocían los emolumentos denominados auxilio de transporte, alimentación y navideño, como quiera que, eran incompatibles con la Constitución por ser creados y fijados por un organismo sin competencia para ello, tratándose de una mera expectativa al no tener el carácter de derecho adquirido y; se buscó evitar la prolongación de unas situaciones contrarias a derecho.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

-. DE LA COMPETENCIA PARA FIJAR SALARIOS EN EL MARCO DE VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La Constitución Nacional de 1991, en su artículo 150, numeral 19, se establece el siguiente tenor literal:

"ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)

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

(...)

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública:

Éstas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en la Corporaciones públicas territoriales, y éstas no podrán arrogárselas. (...)"

Norma general que se encuentra contenida en la Ley 4ª del 92 que prevé los principios a los que debe someterse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, inclusive del sector territorial, la cual en su artículo 12 indicó lo siguiente:

"El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.

En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.

Parágrafo: El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencia con cargos similares en el orden nacional".

Al tenor de lo transcrito, es fácil advertir que, la intención constitucional ha sido clara, en cuanto a la falta de competencia para crear o establecer elementos prestacionales de los **empleados públicos** por parte de las Corporaciones Públicas Territoriales, pues si bien, estableció una competencia conjunta entre el legislador y el gobierno, donde este último puede establecer, para el sector territorial, los regímenes salariales y prestacionales de los empleados públicos, sujeto a la ley marco expedida por el Congreso, se reitera que, es una competencia que las entidades del orden territorial no pueden asumir.

Por su parte, el Consejo de Estado⁶ haciendo un análisis de las normas en mención, a través de su jurisprudencia, ha manifestado lo siguiente:

"(...) Del análisis de las normas enunciadas se concluye, que la determinación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales compete al Gobierno Nacional, de acuerdo con los parámetros señalados por el Legislador. En cuanto al régimen salarial, el Gobierno señala el límite máximo salarial de los servidores públicos territoriales teniendo en cuenta su equivalencia con los del orden nacional.

(...)

En suma, el Presidente de la República puede establecer, para el sector territorial, los regímenes salariales y prestacionales de los empleados públicos y señalar las prestaciones mínimas de los trabajadores oficiales, pero debe sujetarse a la ley marco expedida por el Congreso, que en nuestro caso es la Ley 4ª de 1992.

(...)"

- DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS:

Asegura la parte demandante que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 1919 de 2002, los derechos adquiridos considerados como situaciones jurídicas consolidadas a favor del servidor del Estado, causados y que ingresan al patrimonio del servidor no podrán ser afectados. No obstante, antes de desatar tal argumento, considera el Despacho relevante aclarar inicialmente lo que tiene que ver con la configuración de un derecho adquirido.

Al respecto conviene anotar que, en lo que concierne a los derechos adquiridos el artículo 58 de la Constitución Política consagra:

"ARTICULO 58. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo No. 01 de 1999. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con

⁶ CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, veintiocho (28) de julio de dos mil dieciséis (2016), Radicado No.080012333000201300250 01, No. Interno:2048-2014

*arreglo a las **leyes civiles**, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social (...).*

De acuerdo con ello, los derechos adquiridos deben entenderse como aquellas situaciones que se crearon y definieron bajo el imperio de una Ley y que por tal razón, se entienden incorporadas válida y definitivamente al patrimonio de una persona, pues las leyes posteriores no pueden vulnerarlas ni desconocerlas.

Bajo esa misma línea argumentativa, la Corte Constitucional⁷ analizando la diferencia entre derechos adquiridos y meras expectativas, ha aseverado lo siguiente:

*"(...) De conformidad con la jurisprudencia constitucional, los derechos adquiridos son aquellos que han ingresado definitivamente en el patrimonio de la persona. **Así, el derecho se ha adquirido cuando las hipótesis descritas en la ley se cumplen en cabeza de quien reclama el derecho, es decir, cuando las premisas legales se configuran plenamente.** De acuerdo con esta noción, las situaciones jurídicas no consolidadas, es decir, aquellas en que los supuestos fácticos para la adquisición del derecho no se han realizado, no constituyen derechos adquiridos sino meras expectativas (...)"*

Sobre este mismo tópico el Consejo de Estado⁸ se ha pronunciado recientemente, a través de su jurisprudencia, considerando y reiterando lo siguiente:

"Así las cosas, para que se pueda predicar la existencia de un derecho adquirido deben cumplirse los siguientes supuestos: (i) las circunstancias específicas de la situación deben encajar dentro de los postulados legales que crean el derecho y; (ii) se requiere que el mismo haya ingresado al patrimonio de quien es su titular. Sobre el particular el Consejo de Estado señaló⁹:

*"[...] Tanto la jurisprudencia como la doctrina han sido coincidentes en sostener que los derechos adquiridos **se originan en la consolidación de una situación jurídica originada bajo el amparo de una ley que la regula**, vale decir que si se concretaron los supuestos normativos por haberse verificado su cumplimiento independientemente de que la consecuencia que se deriva de ello se materialice posteriormente, aquéllos ingresan definitivamente al patrimonio del titular y por ende quien los otorgó no los puede quitar sin vulnerarlos.*

***Por una parte, de la anterior descripción debe destacarse que la expresión "con arreglo a las leyes" tiene relación directa con el concepto de justo título, esto es, que solo pueden tener la entidad suficiente para ofrecer la garantía que se comenta, los actos que respetan el ordenamiento jurídico.** De suerte que el fallador debe determinar si el acto goza de legitimidad para favorecer al titular del derecho y que de esta manera lo ampare la intangibilidad*

⁷ Sentencias C-249 de 2002 y Sentencia C-314 de 2004

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, junio dieciséis (16) de dos mil dieciséis (2016). SE 060, Radicación número: 41001-23-31-000-2005-22678-01(3367-14)

⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera Ponente: María Inés Ortiz Barbosa. Bogotá, D.C., junio veinticinco (25) de dos mil dos (2002). Radicación número: 11001-03-15-000-1999-0439-01(S-439).

en caso de variar las condiciones que existían cuando se originó aquél [...]"
(Subraya y negrilla fuera de texto).

De esta manera, no es posible hablar de derechos adquiridos cuando los mismos ingresan al patrimonio de la persona sin cumplir el postulado del artículo 58 de la Constitución Política y sin respeto por las disposiciones legales, puesto que estas son las que sustentan su protección."

De conformidad con lo anterior, sin mayor esfuerzo puede concluirse que, para que se configure un derecho adquirido, deben concurrir al menos dos presupuestos a saber, i) que la situación individual y subjetiva tenga su fundamento en la ley y le sea aplicable lo descrito por ella, es decir, que existan unas premisas legales que regulen sin equívocos los supuestos de hecho que presente la persona en su beneficio, convirtiéndose en un justo título y; ii) cuando ha ingresado al patrimonio de quien es su titular. Sin embargo, tal y como lo relaciona la jurisprudencia en cita, no es dable sostener que existe un derecho adquirido, cuando el beneficio que se pretende no está consolidado en una situación jurídica producida bajo los parámetros de una ley.

-. DE LO DISPUESTO EN EL DECRETO 1919 DE 2002 Y EL ARTÍCULO 146 DE LA LEY 100 DE 1993:

Una vez expuesto lo anterior y con el objeto de tener mayor claridad en torno a lo dispuesto por el artículo 5º del Decreto 1919 de 2002, en cuanto a que, *las situaciones jurídicas consolidadas a favor del servidor del Estado, causados y que ingresan al patrimonio del servidor no podrán ser afectados*, considera el Despacho que el análisis correspondiente habrá que hacerse a través del método de interpretación sistemático, entendido desde el punto de que una norma no es un precepto separado, sino que responde a un complejo sistema jurídico diseñado para un determinado fin, en el que simultáneamente con otras normas, se encuentra vigente; y que por ello no puede apartarse de lo dispuesto por ellas, por lo que su significado y sentido podrá ser obtenido con mayor claridad del contenido de otras normas del sistema¹⁰.

Ahora bien, tenemos que, tal y como lo señala el actor, el artículo 5º del Decreto 1919 de 2002, preceptúa que *"Los derechos adquiridos, considerados como las situaciones jurídicas consolidadas a favor de los empleados públicos y trabajadores oficiales, que para efectos del presente decreto se entienden como aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, no podrán ser afectados"*. No obstante, esto no puede ser analizado manera parcial, pues el párrafo del mismo artículo señala que *"En concordancia con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 4 de 1992, todo régimen de prestaciones sociales que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en el presente decreto carecerá de efecto y no creará derechos adquiridos."*

A su vez, el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992, dispone, *Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.*

Como ha de verse, las disposiciones en comento, son claras en manifestar que, todo régimen salarial o prestacional que contravenga las disposiciones de ley y los decretos del

¹⁰ - DI IORIO, Alfredo: "Temas de Derecho Procesal". Editorial De palma. Primera edición. Buenos Aires, Argentina. 1985.
- DU PASQUIER, Claude: "Introducción al Derecho". Editorial Jurídica Portocarrero SRL. 5ª edición Lima, 1994.

Gobierno carecerán de efectos jurídicos y no podrán tenerse como derechos adquiridos, lo cual coincide con la argumentación expuesta en precedencia, concerniente a que no puede hablarse de derechos adquiridos *cuando los mismos ingresan al patrimonio de la persona sin cumplir el postulado del artículo 58 de la Constitución Política y sin respeto por las disposiciones legales, puesto que estas son las que sustentan su protección.*

Ahora, si bien podría llegar a sostenerse que el artículo 146 de la ley 100 de 1993, protegió las situaciones individuales definidas con base en disposiciones municipales o departamentales, este Despacho considera que lo allí dispuesto se trata de una regla excepcional aplicable únicamente a situaciones de carácter individual en materia pensional. En efecto, La mencionada disposición consagró que, *“Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, con base en disposiciones municipales o departamentales **en materia de pensiones** de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes. También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido o cumplan dentro de los dos años siguientes los requisitos exigidos en dichas normas. ”*

No obstante ello, basta leer con detenimiento, para llegar a la conclusión lógica que, lo allí dispuesto se trata de una excepción a la regla general concerniente a que no pueden establecerse beneficios extralegales a nivel territorial a través de actos administrativos expedidos por organismos sin competencia para ello, pues se advierte con claridad que la prerrogativa allí dispuesta, tiene que ver únicamente con **situaciones de carácter individual en materia pensional**, lo cual busca proteger situaciones jurídicas consolidadas que participan de la naturaleza de derecho adquirido de manera excepcional, razón por la que no implica el incumplimiento del precepto constitucional contenido en el artículo 53 de la C.N. transcrito en precedencia, por cuanto su intención es proteger el orden jurídico afectado respecto a las condiciones particulares consolidadas por vía de excepción.

Lo anterior encuentra sustento, en la posición que ha venido adoptando el Consejo de Estado de otrora y que se encuentra plasmado en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil¹¹, en el que refiriéndose a la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, sostuvo lo siguiente:

“Según el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República dictar las normas generales - ley marco o cuadro - y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para, de un lado, fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y, de otro, regular el régimen de prestaciones mínimas de los trabajadores oficiales.

*Por su parte, el artículo 313.6 ibídem establece que corresponde a los Concejos municipales determinar “...las **escalas de remuneración** correspondientes a las distintas categorías de empleos...”, y el 315.7 atribuye a los alcaldes la potestad de **fijar los emolumentos** de los empleos de sus dependencias, con arreglo a los acuerdos correspondientes.*

En desarrollo de lo establecido en el artículo 150 numeral 19 literales e) y f), el Congreso de la República expidió la ley 4ª de 1992, en cuyo artículo 12 dispuso:

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE, 18 de julio de 2002, Radicación número: 1393

"El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente ley.

En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.

La Sección Segunda de esta Corporación en sentencia del 28 de mayo de 1998, expediente 10507, sostuvo:

"Nótese como los mandatos precitados contemplan una cláusula general de competencia en cabeza del ejecutivo para fijar el régimen prestacional de todos los empleados públicos, incluidos los del Distrito Capital, y para regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de todos los trabajadores oficiales, abarcando de igual manera a los de la referida entidad territorial. En modo alguno el constituyente de 1991, confirió esta atribución a otra autoridad. Las excepciones, por regla universal, son taxativas, tienen que estar claramente determinadas y frente a los servidores públicos de Santafé de Bogotá el ordenamiento jurídico en la materia estudiada no los excluyó de la regla común y global.

Así, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en pronunciamiento del 17 de marzo de 1995, radicación No. 675, en el que actuó como ponente el doctor Humberto Mora Osejo, señaló:

'La Sala agrega que mediante actos locales, ordenanzas, acuerdos o decretos, jurídicamente no es posible regular las prestaciones sociales porque, de conformidad con los artículos 150, ordinal 19, letras e) y f), de la Constitución y 12 de la ley 4ª de 1992, esta materia es de exclusiva competencia del gobierno nacional, con fundamento en la correspondiente ley marco.'

Al Concejo le está atribuida la facultad para determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos y a los alcaldes la de fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias con arreglo a los acuerdos correspondientes (artículos 313.6 y 315.7 de la Constitución Política, 12 y 38 del Decreto 1421 de 1993), materias que no tienen nada que ver con el régimen prestacional de los servidores públicos del Distrito que fue el aspecto regulado mediante los actos acusados en la presente contención."

*No obstante lo anterior, debe tenerse presente que el artículo 146 de la ley 100 de 1993, consagró que "las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, con base en disposiciones municipales o departamentales en **materia de pensiones de jubilación extralegales** en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes. También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido o cumplan dentro de los dos años siguientes¹² los requisitos exigidos*

¹² El aparte subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-410 de 1997, con fundamento en que "A juicio de la Corte, ello quebranta el ordenamiento superior, ya que equipara una mera expectativa con un derecho adquirido. Ello impide que los que están próximos a pensionarse -es decir, dentro de los dos años siguientes a la entrada en

en dichas normas”, y que el artículo 11 ibídem, con relación al **sistema general de pensiones**, precisó que se “...respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo.” Las disposiciones en mención, a tono con lo sostenido por la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia del 25 de marzo de 1999¹ y en consulta 790 de 1996, constituyen de un lado, una excepción a la regla sobre inconstitucionalidad e inaplicabilidad de actos administrativos de carácter general expedidos por autoridades seccionales o locales creadores de prestaciones sociales; y, de otro, preservan las situaciones jurídicas particulares de hecho consolidadas bajo el amparo de las normas anteriores. (Negrillas del texto)

Más adelante concluyó

*“Lo anterior no significa, en manera alguna, que la Sala haya afirmado - pregunta 5ª - que los “derechos prestacionales creados por los Concejos Municipales a la entrada en vigencia del Decreto Ley 1333 de 1986, se habían consolidado exclusivamente en beneficio del servidor público vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de dicho decreto”, pues lo precisado por ella es cosa diametralmente distinta, esto es, que las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad al decreto mencionado, o sea las que participan de la naturaleza de derecho adquirido, no pueden resultar afectadas, **de lo cual sigue la imposibilidad de continuar reconociendo prestaciones sin fundamento legal, que además no habían ingresado al patrimonio del servidor y la consecuente inaplicación del acto general respectivo hacia el futuro.***

La conclusión anterior no entraña desconocimiento del inciso final del artículo 53 de la Carta, en cuanto la inaplicación de normas contrarias a esta no pueden generar derechos adquiridos ni de ninguna otra clase y, por tanto, no es dable afirmar el quebrantamiento por la ley de “los derechos de los trabajadores”, cuando, al contrario la consecuencia del mecanismo de excepción es el restablecimiento del orden jurídico vulnerado, todo sin detrimento, se insiste, de las situaciones jurídicas particulares consolidadas”

Al tenor de lo anterior, es meridianamente claro que por vía de excepción el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, estableció la protección de las situaciones jurídicas consolidadas de carácter individual en materia pensional, que participan de la naturaleza de derecho adquirido respecto a beneficios extralegales. Sin embargo, en ningún sentido son extensivas a aquellas situaciones diferentes a las de carácter pensional, pues es totalmente manifiesta la imposibilidad de que se sigan reconociendo prestaciones que no tienen su fundamento en la ley, máxime si tenemos en cuenta que además no habían ingresado al patrimonio del servidor, lo cual riñe con uno de los presupuestos de configuración de las prestaciones periódicas.

vigencia de la ley- y que tan solo tienen una mera expectativa de adquirir el derecho, puedan hacerse acreedores a los beneficios propios de la ley 100 de 1993. (...) Por lo tanto, el privilegio establecido en el inciso segundo para quienes cumplan dentro de los dos años siguientes a la vigencia de la ley 100 los requisitos para pensionarse, genera un tratamiento inequitativo y desigual frente a los demás empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados que cumplan dichos requisitos con posterioridad. Situación, ésta que quebranta el artículo 13 superior, en cuya virtud todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y se prohíbe cualquier forma de discriminación entre personas o grupos de personas que se encuentren en circunstancias iguales.”

-. DE LA HOMOLOGACIÓN EN MATERIA DE PRESTACIONES DE LOS EMPLEADOS DEL SECTOR TERRITORIAL CON LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO DEL ORDEN NACIONAL.

En lo que tiene que ver con la homologación en materia de prestaciones de los empleados del sector territorial con los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional el Decreto 1919 de 2002 en sus artículos 1º y 2º, señaló lo siguiente:

“Artículo 1º. A partir de la vigencia del presente decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles departamental, distrital y municipal, a las asambleas departamentales, a los concejos distritales y municipales, a las contralorías territoriales, a las personerías distritales y municipales, a las veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las juntas administradoras locales, de las instituciones de educación superior, de las instituciones de educación primaria, secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas.

Artículo 2º. A las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado se les continuará aplicando el régimen de prestaciones sociales de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993.”

Asimismo conviene relacionar lo manifestado por el Consejo¹³ de Estado al realizar un análisis de legalidad de las mencionadas normas:

“En principio podría afirmarse que el Presidente de la República, con esta actuación, como lo alegan los demandantes, desbordó los lineamientos generales fijados por el legislador, concretamente, la prohibición contenida en el artículo 2, literal a), de la Ley 4ª de 1992, al desmejorar las prestaciones que venían devengando los empleados públicos ya vinculados.

Sin embargo debe decirse que el decreto acusado respetó los derechos adquiridos en los términos del artículo 5 del Decreto 1919 de 2002, la parte actora no demostró la desmejora de las prestaciones o de los salarios que venían devengado de conformidad con la ley y sólo deben ser respetados los derechos adquiridos con justo título con arreglo a la Constitución y a la ley por lo que no pueden calificarse como tales unos supuestos derechos derivados de normas proferidas por quien carecía competencia para expedirlas. (...)

¹³ sentencia de 19 de mayo de 2005, Exp. No. 4396-2002, Actor: Luis Eduardo Cruz Porras (Acumulados Nos. 11001032500020020209 01 (4333-02), actor: Augusto Gutiérrez y otros; 11001032500020020213 01 (4406-02), actor: Enrique Guarín Álvarez; y 11001032500020020230 01 (4767-02), actor: Pablo Emilio Ariza Meneses y otros), M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, reiterado en sentencia de veintitrés (23) de junio de dos mil once (2011). Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, Radicación número: 25000-23-25-000-2004-03637-01(1786-08)

Además, como ya lo ha señalado esta Sección,¹⁴ el Estado no está obligado a mantener un régimen benéfico de forma permanente porque las instituciones y sus regulaciones deben adecuarse al orden social, cultural y económico que gobierna el momento, de manera que una prestación social no puede permanecer perenne y sólo ser modificada en lo favorable, si bien deben respetarse los salarios y prestaciones que perciban quienes están vinculados al momento de la expedición del nuevo régimen regulatorio, siempre y cuando estén amparados por la Constitución y la ley."

Como ha de verse, con la norma en mención se dispuso una homologación en materia de prestaciones de los empleados del sector territorial con los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional, dónde para los primeros no es procedente el reconocimiento de prestaciones diferentes a las reconocidas a los segundos y que la aplicación del artículo 5° se restringe a que sólo deben ser respetados los derechos adquiridos con arreglo a la Constitución y a la ley, no pudiendo calificarse como tales, los derechos derivados de normas proferidas por quien carecía competencia para expedirlas, como es el caso que nos ocupa, pues tal y como ya se expuso en líneas que anteceden, la creación de los auxilios de transporte, alimentación y navideño para los empleados públicos de la Universidad del Atlántico, no tuvo su origen en la ley, sino en la celebración de las Convenciones Colectivas suscritas entre los Sindicatos de Profesores y Trabajadores de la Universidad del Atlántico y tal entidad, esto es, las de 25 de septiembre de 1974, de 5 de abril de 1976 y 18 de abril de 1977, es decir, que nacieron del acuerdo de quienes no tenían competencia para crear y/o fijar elementos prestacionales de los **empleados públicos** del ente universitario de carácter territorial.

- DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS Y SU APLICABILIDAD A EMPLEADOS PÚBLICOS:

Una de las discusiones principales en torno al reconocimiento de los auxilios de alimentación, transporte y navideño que aquí se reclaman tienen su génesis en el hecho de que su creación y reconocimiento para los empleados públicos de la Universidad del Atlántico se dio a través de las convenciones colectivas suscritas entre los Sindicatos de Profesores y Trabajadores de la Universidad del Atlántico y tal entidad, el 25 de septiembre de 1974, el 5 de abril de 1976 y 18 de abril de 1977.

En lo que a ello respecta, es menester hacer relación inicialmente a la distinción existente entre empleados públicos y trabajadores oficiales, pues desde la jurisprudencia¹⁵ se ha dicho que tuvo su origen legal en la Ley 4ª de 1913 que definió a los primeros como "(...) todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos por las leyes. Lo son igualmente los que desempeñan destinos creados por ordenanzas, decretos y acuerdos válidos (...)", permitiéndose posteriormente a través del Decreto 2127 de 1945, que reglamentó la Ley 6ª del mismo año, que personas se vincularan a la administración a través de un contrato de trabajo en las actividades de "(...) construcción o sostenimiento de las obras públicas o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por estos en la misma forma (...)". Asimismo, a través del Decreto-Ley 3135 de 1968 y su Decreto Reglamentario 1848 de 1969, se marcó la distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales, sin embargo, tratados ambos

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 14 de marzo de 2002, Consejero Ponente Dr. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE, expediente No. 1100103250199 00 (3305-00).

¹⁵ Sentencia de 11 de diciembre de 2014 M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. No. Interno: 2637-2012

como “empleados oficiales”, los cuales con la vigencia de la Constitución¹⁶ actual pasaron a ser “servidores públicos”.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la facultad de beneficiarse de una convención colectiva, el Decreto 1848 dispuso en el numeral 2º del artículo 7 lo siguiente:

*“(…)2º) Se aplicarán igualmente, con carácter de garantías mínimas, a los trabajadores oficiales, salvo las excepciones y limitaciones que para casos especiales se establecen en los decretos mencionados, y sin perjuicio de lo que **solamente para ellos establezcan las convenciones colectivas o laudos arbitrales, celebradas o proferidas de conformidad con las disposiciones legales que regulan en Derecho Colectivo del Trabajo.***

Por su parte, la Corte Constitucional¹⁷, haciendo referencia a la distinción que hay entre los empleados públicos y los trabajadores oficiales y a los derechos que le asisten a cada uno en torno a las convenciones colectivas, señaló lo siguiente:

En consecuencia, si la pertenencia de un servidor público a un determinado régimen laboral, llámese trabajador oficial o empleado público, no es un derecho adquirido, entonces la facultad de presentar convenciones colectivas, que es apenas una potestad derivada del tipo específico de régimen laboral, tampoco lo es. Jurídicamente, la Corte encuentra válido considerar que en este caso lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de modo que al no existir un derecho a ser empleado público o trabajador oficial, tampoco existe un derecho a presentar convenciones colectivas si el régimen laboral ha sido modificado.

*El absurdo al que conduciría una conclusión contraria implicaría reconocer que cierto tipo de empleados públicos –los que antes han sido trabajadores oficiales– tendrían derecho a presentar convenciones colectivas de trabajo, a diferencia de aquellos que nunca fueron trabajadores oficiales, con lo cual se generaría una tercera especie de servidores públicos, no prevista en la ley sino resultado de la transición de un régimen laboral a otro, afectándose por contera el derecho a la igualdad de los empleados públicos que no habiendo sido jamás trabajadores oficiales, no tendrían derecho a mejorar por vía de negociación colectiva las condiciones laborales de sus cargos.
(…)”.*

En igual sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado¹⁸, manifestando a través de su jurisprudencia lo siguiente:

*“La aludida Convención Colectiva cobija única y exclusivamente a los trabajadores oficiales de la entidad demandada y como la situación laboral de la demandante, no se enmarca dentro de este supuesto dada la calidad de empleada pública que la cobijaba para el momento en que fue retirada del servicio (...) no es viable reconocerle (...) con fundamento en la Convención Colectiva reclama, puesto que el cambio de naturaleza del empleo conlleva necesariamente el cambio de régimen aplicable, lo que **indefectiblemente supone la inaplicación de reconocimientos plasmados en convenciones colectivas, salvo los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, al***

¹⁶ En virtud del artículo 123 de la Constitución Política

¹⁷ Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA, sentencia de primero (1) de abril de dos mil cuatro (2004).

¹⁸ Consejo de Estado, Sentencia del 1º de julio de 2009. Rad. 2007-1355, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, demandado: Hospital de Caldas.

tenor de lo dispuesto en el artículo 416¹⁹ del C.S.T. que consagra la prohibición de extender cláusulas convencionales a los empleados públicos, calidad que tal y como quedó demostrado, ostentó la actora.

De igual manera, no sobra advertir, que aun aceptándose el argumento de la "reincorporación al servicio de la actora", ello no es garantía de que las cláusulas convencionales le resulten aplicables, máxime cuando dicha reincorporación procuró mantener la continuidad de la relación, pero cambió la naturaleza del empleo. Cambio que impide, como ya se dijo, que las garantías convencionales se le apliquen a quienes antes de dicha reincorporación ostentaban la calidad de trabajadores oficiales, puesto que estas garantías y beneficios fueron alcanzados por dichos trabajadores oficiales a través de **acuerdos convencionales que no pueden regular las relaciones de los empleados públicos que tienen un régimen indemnizatorio, salarial y prestacional establecido en la ley y sus decretos reglamentarios, tal y como específicamente lo contempla el artículo 150 numeral 19 literales e y f de la Constitución Política. (...)**.

Posición reiterada de manera reciente por esa Corporación, al estudiarse un asunto muy similar al *sub iudice*, en el que se concluyó lo que a continuación se transcribe:

"En conclusión, los únicos servidores públicos que pueden ser beneficiarios de las disposiciones de las Convenciones Colectivas son los trabajadores oficiales.

En el sub iudice, según certificación expedida por el Vicerrector Administrativo y Financiero de la Universidad del Atlántico, en donde hace constar que el señor ANTONIO MARÍA DÍAZ RAMÍREZ presta sus servicios en el cargo de Docente Tiempo Parcial desde el 11 de noviembre de 1977 como empleado público (fl.24), y que el actor devengó hasta el mes de agosto del 2006 por concepto de prima de antigüedad mensual \$828.084, y por bonificación por compensación \$161.476 (fls.23), son beneficios derivados de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 6 de abril de 1977 entre la Universidad del Atlántico y las Organizaciones Sindicales denominadas: ASOCIACION DE PROFESORES UNIVERSITARIOS "ASPU", "SINTRAUA", "SINTRAUNICOL" y "ASPORINSPES", y del Acuerdo No. 05 de 15 de septiembre de 1970 por el cual se establece el Estatuto del Profesorado de la Universidad del Atlántico (fls. 49 a 59 y 34-47).

Situación frente a la cual, se reitera, que los únicos servidores públicos que pueden ser beneficiarios de las disposiciones de las Convenciones Colectivas son los trabajadores oficiales, que no es el caso del señor ANTONIO MARIA DIAZ RAMÍREZ, dada su calidad de empleado público (fl.24).

En consecuencia le asiste razón a la entidad demandada, razones por las cuales se revocará la sentencia apelada y en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda.

¹⁹ La citada norma establece: "Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aun cuando no puedan declarar o hacer huelga." Aparte subrayado y en letra itálica declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1234 de 29 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Como ha de verse con meridiana claridad y síntesis, los trabajadores oficiales son los únicos servidores públicos que pueden ser beneficiarios de las Convenciones Colectivas, por lo que no pueden los empleados públicos pretender su aplicabilidad en beneficio propio con la finalidad de mejorar las condiciones salariales y prestacionales.

- DE LA CALIFICACIÓN COMO PRESTACIONES PERIÓDICAS DE LOS AUXILIOS DE ALIMENTACIÓN, TRANSPORTE Y NAVIDEÑO:

Asegura el demandante en síntesis que, estamos ante una prestación salarial periódica, porque las mismas son actos que reconocen prestaciones salariales que periódicamente se le pagan a su beneficiario y su retribución y/o salario se encuentra vigente, por lo que asegura que la acción puede instaurarse en cualquier tiempo mientras subsista el salario del empleado público, pues este no se extingue, mientras exista la vinculación laboral. Asimismo asegura, que no puede aplicarse el fenómeno de la prescripción, por cuanto los factores reclamados constituyen parte integrante del salario y por ello son de tracto sucesivo y pueden reclamarse en cualquier tiempo.

Al respecto tenemos que la Corte Constitucional²⁰, en lo concerniente a las prestaciones periódicas, ha expuesto a través de su jurisprudencia lo siguiente:

*"En el régimen laboral colombiano por **"prestaciones sociales"** se entienden los pagos que el empleador hace al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, con el fin de cubrir los riesgos o necesidades de este que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Se diferencian de los salarios en que no retribuyen directamente los servicios prestados y de las indemnizaciones en que no reparan perjuicios causados por el empleador.*

En cuanto a su origen, las prestaciones pueden ser creadas por ministerio de la ley, o pactadas en convenciones y pactos colectivos o en el contrato de trabajo, o establecidas en los reglamentos de trabajo, en fallos arbitrales, o en cualquier otro acto unilateral del empleador.

La doctrina distingue las prestaciones en dinero, según se concreten en una suma única o en el abono de prestaciones periódicas. Se cita como ejemplo más frecuente el de los sistemas de capital o renta para indemnizar a las víctimas de riesgos o infortunios laborales. Las prestaciones periódicas a su vez pueden ser transitorias o permanentes; por lo general, se denominan subsidios a las indemnizaciones periódicas con corta duración y pensiones cuando se abonan durante bastante tiempo e incluso con carácter vitalicio.

Con respecto a su forma, las prestaciones a su vez pueden ser uniformes o variables. Las primeras se limitan a garantizar niveles mínimos de subsistencia o de atención, con independencia de los diversos recursos de los beneficiarios. En cambio, las segundas actúan de acuerdo a los ingresos de los asegurados con las contribuciones que ellos mismos efectúan o que por ellos se producen y con el objetivo de mantener un nivel económico determinado." (Resaltado del texto original)

Por su parte, el Consejo de Estado en cuanto al alcance y contenido del concepto de prestación periódica, sostuvo lo siguiente:

²⁰ Mediante esta sentencia la Corte declara "EXEQUIBLE el inciso tercero del artículo 136 del Decreto Ley 01 de 1984, como fue subrogado por el artículo 23 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989 (Código Contencioso Administrativo) en los términos del presente fallo." Sentencia C-108 de 1994, MP Dr. Hernando Herrera Vergara.

“La posibilidad de demandar en cualquier tiempo, apunta a los actos que tienen el carácter de “prestación periódica”, es decir, aquellos actos que reconocen emolumentos que habitualmente percibe el beneficiario.

*En ese sentido, dentro de los actos que reconocen prestaciones periódicas, están comprendidos no sólo las decisiones que reconocen prestaciones sociales, sino también aquellos que reconocen prestaciones salariales que periódicamente sufragan al beneficiario, **siempre y cuando la periodicidad en la retribución se encuentre vigente.**”²¹ (Destaca la Sala).*

Ahora, esa misma corporación en jurisprudencia reciente²² y en un caso similar al que aquí nos ocupa, en su *ratio decidendi* concluyó lo que a continuación se transcribe:

“Está probado que i) el demandante elevó el 29 de marzo de 2012 petición a la entidad accionada, pretendiendo le reconociera el pago de los siguientes conceptos suprimidos del su salario: prima de especialización y exclusividad (desde diciembre de 2003), prima de junio (Desde junio de 2004) y Ascenso en el Escalafón (desde julio de 2006) excluidos en forma abrupta; ii) la accionada resolvió negando lo solicitado a través de oficio del 12 de abril de 2012, señalando que: “los factores salariales prima de especialización, prima de navidad, prima de exclusividad, prima de vacaciones, prima de antigüedad, bonificación por compensación dejaron de ser cancelados en razón a que dichas prestaciones fueron incorporadas a nuestro ámbito jurídico laboral a partir de la convención colectiva de trabajo celebrada entre la universidad del Atlántico y el Sindicato de trabajadores, constituyendo el fundamento jurídico de su reconocimiento y pago a los servidores públicos de la entidad. Sin embargo la convención colectiva de trabajo no aplica para reconocer derechos laborales a empleados públicos. Conforme con ese planteamiento, el reconocimiento y pago de estos conceptos constituyen error de derecho, que no puede ser considerado como fuente de derechos, ni traslativo de derechos adquiridos a quienes lo devengaron”; iii) el 16 de mayo de 2012 el Sr. Roberto Figueroa Molina, por intermedio de su apoderado, elevó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría en Asuntos Administrativos con el propósito de que se reintegre a la nómina mensual que devenga como docente de la planta de personal, los siguientes conceptos excluidos de su salario, Prima de especialización y prima de exclusividad (desde diciembre de 2003), prima de junio (Desde junio de 2004) suprimidas de su salario. v) en el hecho segundo de la demanda el apoderado del actor textualmente asevera que la demandada “excluyo de manera abrupta y sorpresiva sin que me notificara actuación administrativa que hubiese concluido con la ordenación de tal exclusión salarial.”;

Sin necesidad de hacer mayores elucubraciones se tiene que en este caso la prestación prima de especialización perdió la connotación de periódica

²¹ Sentencia de la Sección Segunda, Subsección A, del 8 de mayo de 2008, radicado interno 0932-07, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. En el mismo sentido se había pronunciado la misma Subsección a través de sentencia del 12 de octubre de 2006, radicado interno 4145-05 P3, CP Dr. Jaime Moreno García; reiterada en sentencias más recientes como la de la Sección Segunda, Subsección A, del 28 de junio de 2012, radicado interno 1352-10, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón.

²² Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, veintinueve (29) de enero de dos mil quince (2015), Radicación No: 08001-23-33-000-2012-00190 01 (0662-2014)

desde el momento mismo en que se le dejó de cancelar al actor, esto es, desde enero de 2004, fecha para la cual por virtud del Acuerdo No 01 de 2004 expedido por el Consejo Superior de la Universidad del Atlántico se dispuso la suspensión de dichos pagos dada la carencia de sustento constitucional o legal."

En efecto, en el presente asunto es claro que, la condición de periódica que tenían los auxilios de transporte, alimentación y navideño que aquí se reclaman, se perdió desde el momento mismo que se dio su exclusión, esto es, desde el mes de julio de 2003, tal y como lo afirma la parte demandante, momento en el cual quedó habilitado para reclamar ante la administración la continuidad del pago.

-. DE LA PRESCRIPCIÓN:

Atendiendo el hecho que, los auxilios que aquí se reclaman perdieron la connotación de periódicos desde el mismo momento en que fueron excluidos de la nómina de pagos correspondiente al demandante, considera el Despacho que frente a las pretensiones del aquí demandante, operó el fenómeno jurídico de la prescripción, pues tenía tres (3) años contados a partir de la exclusión, para reclamar ante la administración los derechos sobre los auxilios que asegura le fueron excluidos. No obstante, la reclamación sólo fue presentada el 20 de noviembre de 2014²³, esto es, once (11) años después.

Lo anterior encuentra sustento en que, *"La prescripción es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva. La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados so pena de perder dicha administración."*²⁴

En lo atinente a la prescripción de los derechos de índole prestacional, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, determina que: *"Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."*

Por su parte, el Decreto 1848 de 1969, a través del cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968 antes citado, consagró en su artículo 102, lo siguiente:

"PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.

- 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.***
- 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."***

²³ Véase a folio 19-23

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Subsección "B". M.P. Dra. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Sentencia del 23 de septiembre de 2010. Radicación número: 47001-23-31-000-2003 00376-01(1201-08). Accion: MARCO FIDEL RAMIREZ YEPEZ Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE SITONUEVO—MAGDALENA.

De igual forma, el artículo 151 del C.P.T y S.S., establece:

"ARTICULO 151. -Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual".

Dicha norma a juicio de la reciente jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado²⁵, por su carácter de orden público y a falta de norma expresa que regule esta figura de la prescripción, puede ser aplicada de manera analógica y extensiva a las controversias de los empleados públicos.

Bajo el precepto normativo en cita y en armonía con las definiciones reseñadas en las líneas que anteceden, causado el derecho, el titular dispone de tres (3) años para elevar la reclamación ante la administración y seguidamente acudir ante el operador judicial con el fin de exigirla en caso que no se acceda por parte de su empleador, reclamación que a voces de la norma precitada, interrumpe el término extintivo de prescripción.

- DE LA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO:

Asegura la parte demandante que, con la exclusión de los emolumentos denominados auxilio de transporte, de alimentación y navideño, se violó el debido proceso de la demandante, por cuanto el ente universitario debió someter a un fallo judicial la exclusión, solicitando la suspensión provisional o a través de revocatoria directa.

En torno a este cargo es dable indicar en principio que, este tipo de prerrogativas de carácter convencional de suyo se toman ineficaces en tanto extienden sus beneficios a empleados públicos sin que se encuentren conforme a la Constitución y a la ley, por lo que la pregunta de que si, *¿se requiere alguna actuación administrativa para dejar sin efectos lo que por ministerio de la ley y la constitución carece de tal?*; no puede tener otra respuesta que no sea negativa, por el simple pero relevante hecho de tratarse de un acto ilegal, expedido por un órgano sin competencia para ello, vicio que por su naturaleza es insubsanable y así mismo es nulo.

Al respecto conviene traer a colación lo considerado por la doctrina autorizada, que ha dicho en palabras del tratadista Sayagués Lasso²⁶, que, *"Es claro que no todos los vicios del acto administrativo pueden ser susceptibles de convalidación: escápan a esta posibilidad de saneamiento, la carencia absoluta de competencia, a menos que se trate de una competencia puramente interna, o el acto ilícito porque su contenido no se ajusta a las normas jurídicas vigentes. 'Dada su naturaleza este vicio no puede subsanarse, pues el acto de convalidación, por tener también contenido ilícito, sería así mismo nulo'*"²⁷

En efecto, considera el Despacho que los actos expedidos por órganos que sin competencia modifican el régimen prestacional de los empleados públicos son ineficaces en sí mismos, en tanto riñen con la Constitución y lo regulado por el legislador, pues como en este caso, no sólo crean y reconocen beneficios sin estar autorizados para ello, sino que hacen

²⁵ Consejo de Estado. Sentencia de fecha 09 de mayo de 2013. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación: 2012-01219.

²⁶ Tratado de Derecho Administrativo. Tl. No. 334 Montevideo 1953.

²⁷ Citado en Fallo del 2 de abril de 1982 proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación dentro del expediente No. 787.

extensivos aquellos que son propios de trabajadores oficiales a este tipo de empleados, lo cual es un vicio insubsanable que nos conduce a que sus efectos jurídicos se tomen improcedentes.

Siendo ello así, no es dable que los acuerdos que este caso se aducen, produzcan los efectos jurídicos que se reclaman con esta demanda, pues el actor como servidor público ostenta una relación legal y reglamentaria con el ente demandado que no puede ser obviada ni ignorada y sobre la cual la administración estaba facultada para inaplicar los acuerdos que reconocían los emolumentos denominados auxilio de transporte, alimentación y navideño, fundamentándose principalmente en que, *"a) en el artículo 4° de la Carta que prescribe de manera diáfana que "...en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica - se aplicaran las disposiciones constitucionales", cuya aplicación enerva la presunción de legalidad del acto; b) en que las meras expectativas no constituyen derecho, salvo que disponga en contrario el legislador; y c) en lo impertinente que resulta prolongar de modo indefinido situaciones irregulares totalmente contrarias a derecho*²⁸.

Siguiendo la misma línea de argumentación y con la finalidad de arribar a una conclusión respecto a la violación del debido proceso, tenemos que en el *sub examine*, i) la existencia de los auxilios de transporte, alimentación y navideño para empleados públicos, vista desde la perspectiva de la competencia del organismo utilizado para su creación, es inconstitucional, pues el ente administrativo que los fijó carecía de la misma al tenor de lo dispuesto en el artículo 11 del Acto Legislativo No. 1 del 12 de diciembre de 1968, modificadorio del artículo 76 de la Constitución de 1886, por tanto debía ser inaplicados por inconstitucionales; ii) los emolumentos reclamados, esto es, auxilio de alimentación, transporte y navideño, no puede otorgárseles la naturaleza de derechos adquiridos, por la simple pero potísima razón que, su fundamento no es legal, contrariando los presupuestos del artículo 58 de la Constitución, iii) no le es aplicable la excepción el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, que estableció la protección de las situaciones jurídicas consolidadas de carácter individual en materia pensional, que participan de la naturaleza de derecho adquirido respecto a beneficios extralegales, pues la misma sólo es extensiva a aquellas situaciones de carácter pensional, iv) la orden de exclusión de los emolumentos denominados auxilio de transporte, alimentación y navideño en nada incidió en las prestaciones sociales que habían ingresado al patrimonio del aquí demandante, pues por el sólo principio de irretroactividad de las leyes, los ingresos que por concepto de los mencionados emolumentos recibió la parte demandante no fueron afectados con la decisión de excluirlos, pues una vez ingresaron a su patrimonio allí se quedaron; amén de que la demandada nunca solicitó ni reclamó por vía administrativa y/o judicial lo pagado; v) de acuerdo con la homologación que se en materia de prestaciones de los empleados del sector territorial con los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional, para los primeros no es procedente el reconocimiento de prestaciones diferentes a las reconocidas a los segundos y que la aplicación del artículo 5° se restringe a que sólo deben ser respetados los derechos adquiridos con arreglo a la Constitución y a la ley, no pudiendo calificarse como tales, los derechos derivados de normas proferidas por quien carecía competencia para expedirlas; vi) los trabajadores oficiales son los únicos servidores públicos que pueden ser beneficiarios de las Convenciones Colectivas, por lo que no pueden los empleados públicos pretender su aplicabilidad en beneficio propio con la finalidad de mejorar las condiciones salariales y prestacionales, pues la facultad de establecer esos beneficios en vigencia de la Constitución de 1886 era propia del legislador y en la actualidad es conjunta entre el legislador y el Gobierno Nacional; vii) la condición

²⁸ Ibídem referencia 14 de esta providencia

de periódica que tenían los auxilios de transporte, alimentación y navideño que aquí se reclaman, se perdió desde el momento mismo que se dio su exclusión, esto es, desde el mes de julio de 2003 y; **viii)** que, aún en el evento que los auxilios que aquí se reclaman, hubieren tenido como fuente de su creación la ley y la Constitución y no una convención colectiva de trabajo, es claro que la parte demandante incumplió además con su deber de reclamar sus presuntos derechos dentro del tiempo prudencial establecido en la ley, comoquiera que, al ser excluidos los auxilios de transporte, alimentación y navideño, desde el 1º de julio de 2003 y haber perdido la connotación de prestación periódica desde ese momento, la parte demandante contaba con el término de (3) años para presentar su reclamo ante la administración solicitando la continuidad de su pago, es decir, tenía hasta 1º de julio de 2006, para interrumpir el fenómeno jurídico de la prescripción, sin embargo sólo lo hizo once (11) años después.

Lo anteriormente considerado, encuentra sustento adicionalmente en lo manifestado por el Consejo de Estado a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil²⁹ en una situación similar puesta a su consideración en la que expuso lo siguiente:

*"Las actas convenio suscritas durante los años 1976 a 1992 entre el Sindicato de empleados distritales de Bogotá y la administración pública distrital- cuya naturaleza resulta atípica, en cuanto no se tratan de actos administrativos en sentido estricto ni de convenciones colectivas -, por expresa prohibición legal, no son aplicables a los empleados públicos del distrito de ningún nivel - central o descentralizado -, en cuanto modifican sin competencia el régimen prestacional de los empleados públicos; **sus normas resultan ineficaces en tanto hacen extensivos a estos beneficios reconocidos a los trabajadores oficiales, sin que la autoridad competente haya expedido el acto que corresponde, conforme a la Constitución y a la ley, que materialice ese convenio, como se dejó establecido. La ley no está a merced de las partes y por tanto éstas no la pueden derogar. Así las cosas, no es viable que los referidos acuerdos produzcan validamente efectos jurídicos con relación a los servidores públicos que tienen una relación legal y reglamentaria con la administración, de lo cual se infiere que es improcedente que a ellos se les siga reconociendo y pagando los factores salariales y las prestaciones sociales allí creadas - o reguladas por fuera de los límites establecidos por el Congreso y el Gobierno Nacional -, tales como el quinquenio y el auxilio educativo.***

Con fundamento en ello, concluyó lo siguiente:

"Fuera de estos eventos, para suspender el pago de tales sumas, el distrito puede acudir al mecanismo señalado en la Consulta 1317 de 2000, esto es, la inaplicación del acto general con efectos pro futuro, criterio que encuentra fundamento: a) en el artículo 4º de la Carta que prescribe de manera diáfana que "...en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica - se aplicaran las disposiciones constitucionales", cuya aplicación enerva la presunción de legalidad del acto; b) en que las meras expectativas no constituyen derecho, salvo que disponga en contrario el legislador ; y c) en lo impertinente que resulta prolongar de modo indefinido situaciones irregulares totalmente contrarias a derecho.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE, 18 de julio de 2002, Radicación número: 1393

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C- 069 sostuvo: "Si bien es cierto que por regla general las decisiones estatales son de obligatorio cumplimiento tanto para los servidores públicos como para los particulares "salvo norma expresa en contrario" como lo señala la primera parte del artículo 66 del decreto 01 de 1984, también lo es que, cuando de manera palmaria, ellas quebrantan los ordenamientos constitucionales, con fundamento en la supremacía constitucional, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 4° de la Carta ya citado, que ordena que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de que trata el artículo 6° de la misma, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación, por parte de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones."

- CASO CONCRETO

Ahora bien, una vez referido lo anterior y descendiendo específicamente al tema que nos ocupa en esta litis, tenemos que, al revisar al detalle el contenido de las Convenciones Colectivas suscritas entre los Sindicatos de Profesores y Trabajadores de la Universidad del Atlántico y tal entidad, esto es, las de 25 de septiembre de 1974, de 5 de abril de 1976 y 18 de abril de 1977, se advierte con claridad que lo que se buscó con tales acuerdos fue crear o establecer elementos prestacionales a los trabajadores del entidad universitaria, los cuales le fueron reconocidos a **empleados públicos**, aun bajo la expresa prohibición constitucional concerniente a que en esa época quien ostentaba esa competencia era únicamente el legislador.

En efecto, los auxilios de transporte, alimentación y navideño, que aquí se reclaman, no tienen como fuente de su nacimiento o creación la Ley, sino los acuerdo de los trabajadores de la Universidad del Atlántico y el Ente educativo, en los que se pactó que una vez suscritas las mismas, ésta última tendría que pagar tales emolumentos, esto sin motivar alguna razón legal para su creación específica; lo cual nos conduce a afirmar que, una vez se suscribieron y depositaron las convenciones, así como cuando se ordenó su inclusión en nómina y pago a **empleados públicos**, el ente universitario se arrogó competencias que constitucionalmente le estaban prohibidas, pues tal y como lo señalamos, para esa época el artículo 11 del Acto Legislativo No. 1 del 12 de diciembre de 1968, modificadorio del artículo 76 de la Constitución de 1886, estableció que correspondía únicamente al congreso fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales.

Siendo así, es dable concluir que, la existencia de los auxilios de transporte, alimentación y navideño para **empleados públicos**, vista desde la perspectiva de la competencia del organismo utilizado para su creación, es inconstitucional, pues el ente administrativo que los fijó carecía de la misma al tenor de lo dispuesto en el artículo 11 del Acto Legislativo No. 1 del 12 de diciembre de 1968, modificadorio del artículo 76 de la Constitución de 1886, por tanto debía ser inaplicados por inconstitucionales; consideración que se encuentra sustentada además en la decisión que en un caso similar adoptó el Consejo de Estado, en la que manifestó que, "*Las Autoridades Departamentales no tienen competencia para crear salarios ni prestaciones y, en consecuencia, cualquier disposición de esa jerarquía que*

*establezca salarios o prestaciones, desbordando la Ley, debe ser inaplicada por inconstitucional.*³⁰

De acuerdo a ello, los argumentos que anteceden serían suficiente para negar las pretensiones, en razón a la inaplicabilidad de los presuntos derechos a la inclusión en nómina y pago de los auxilios de transporte, alimentación y navideño por ser inconstitucionales.

No obstante, es menester del despacho traer a colación el análisis previamente realizado de los demás argumentos jurídicos relacionados con el reconocimiento y pago de los mencionados factores, esto es, auxilio de alimentación, transporte y navideño, a los cuales no puede otorgárseles la naturaleza de derechos adquiridos, comoquiera que, al ser creados y otorgados por un órgano administrativo sin competencia para ello, no se puede afirmar que estén soportados en un justo título con arreglo a la Constitución y a la ley, siendo además –se reitera– que no han ingresado al patrimonio del servidor.

Frente la connotación de prestación periódica, en el *sub iudice* tenemos que, al ser excluidos los auxilios de transporte, alimentación y navideño, desde el 1º de julio de 2003, de conformidad con lo previamente citado por el Consejo de Estado, éstos han perdido dicha connotación, desde ese momento, por lo tanto, la parte demandante contaba con el término de (3) años para presentar su reclamo ante la administración solicitando la continuidad de su pago, es decir, tenía hasta 1º de julio de 2006, para interrumpir el fenómeno jurídico de la prescripción. No obstante, se encuentra demostrado con suficiencia que, la parte actora incumplió el deber de reclamar sus derechos en el tiempo prudencial fijado en la Ley, pues la reclamación sólo fue presentada el 20 de noviembre de 2014³¹, esto es, once (11) años después de su exclusión.

Así las cosas, es dable concluir que, aún en el evento que los auxilios que aquí se reclaman, contrario a lo expuesto en líneas que anteceden, hubieren tenido como fuente de su creación la ley y la Constitución y no una convención colectiva de trabajo, la decisión de denegar las pretensiones de la demanda sería la misma, pues es claro que la parte demandante incumplió además con su deber de reclamar sus presuntos derechos dentro del tiempo prudencial establecido en la ley, comoquiera que sólo lo hizo once (11) años después, operando el fenómeno de la prescripción.

Por consiguiente, tenemos que, el señor Horacio de Jesús Guerrero López, ostentaba la calidad de empleado público, según lo afirmado en la demanda y de conformidad con la certificación obrante a folio 30, en la que se deja constancia que fue nombrado en el cargo de Técnico Administrativo desde 14 de julio de 1987, por tanto, no le asiste derecho a que le sean incluidos los factores convencionales que aquí se reclaman, esto es, auxilio de alimentación, transporte y navideño, pues se reitera, quienes pueden ser beneficiarios de Convenciones Colectivas son los trabajadores oficiales y en el caso que nos ocupa la demandante no lo es.

-Hechos Probados

-. Escrito de petición presentado el 20 de noviembre de 2014, ante la Universidad del Atlántico, con radicado No. 022049, en el que se solicita se incluya en el pago de la nómina

³⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, veintitrés (23) de junio de dos mil once (2011), Radicación número: 25000-23-25-000-2004-03637-01(1786-08)

³¹ Véase a folio 19-23

mensual los factores denominados auxilio de transporte, de alimentación y navideño más los reajustes y diferencias que se pudieren causar desde que se produjo la exclusión de los mencionados conceptos, los cuales debían ser actualizados e indexados. (Folios 19-23)

-. Copia simple de la Resolución No. 002261 de 15 de diciembre de 2014, por medio de la cual la aquí demandada resolvió la petición referenciada negándola, por cuanto consideró en síntesis que, los auxilios reclamados no existen en las normas que regulan el derecho aplicable a los empleados públicos; así como es inexistente un derecho adquirido y que las sumas de dinero que por error de hecho se estaban cancelando, dieron lugar a que se originara el fenómeno de pago de lo no debido y enriquecimiento sin causa en favor del peticionario. (Folios 24-28)

-. Certificación del Jefe del Departamento de Talento Humano de la Universidad del Atlántico, de 11 de abril de 2012, en la que se indica que, el aquí demandante percibía mensualmente hasta el mes de mayo de 2003, por concepto de auxilio de transporte la suma de \$158.137, por auxilio de alimentación \$74.103 y por auxilio navideño \$646.162. (Folio 29)

-. Certificación de la vicerrectora Financiera, Administrativa de la Universidad del Atlántico de 12 de abril de 2012, en la que se indica que, el aquí demandante prestaba sus servicios en el cargo de Técnico Administrativo desde el 14 de julio de 1987, devengando un sueldo mensual de \$1.924.461.00 (Folio 30)

-. Acta Superior No. 005 del 16 de junio de 2003. (Folios 32-40)

-. Copia simple de Convención Colectiva de Trabajadores celebrada entre los Sindicatos de profesores y trabajadores de la Universidad del Atlántico y esa misma Universidad, de fecha 25 de septiembre de 1974. (Folios 41-47)

-. Copia simple de Convención Colectiva de Trabajadores celebrada entre los Sindicatos de profesores y trabajadores de la Universidad del Atlántico y esa misma Universidad, suscrita el cinco (5) de abril de 1976. (Folios 48-58)

-. Copia simple de la Convención Colectiva de Trabajadores celebrada entre los Sindicatos de profesores y trabajadores de la Universidad del Atlántico y la Universidad del Atlántico, de dieciocho (18) de abril de 1977. (Folios 59-71).

-. Copia simple de la certificación la Vicerrectora Financiera, Administrativa y Talento Humano de la Universidad del Atlántico de 30 de abril de 2007, en la que deja constancia que el Rector de la Universidad del Atlántico acatando instrucciones impartidas por el Consejo Superior en sesión de 16 de junio de 2003, excluyó del salario de los servidores públicos docentes y administrativos, los factores extralegales auxilio de transporte, auxilio de alimentación y auxilio navideño en aplicación de lo dispuesto en el Decreto 1919 de 2002. (Folio 72)

-. Copia simple de la hoja de vida del actor. (Folios 171-380)

Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

-. El despacho encontró probado que el actor se encuentra vinculado como empleado público (ver fl. 30), es decir, que presenta un relación legal y reglamentaria frente a la

demandada, por lo tanto sus factores salariales deben ser determinados por ley y no por convención colectiva.

- Así mismo, es claro para el despacho que conforme a lo certificado por la vicerrectoría financiera y talento humano, (fl. 72) el rector de la Universidad del Atlántico, actuó acorde al ordenamiento jurídico, toda vez que la decisión revocada era evidentemente inconstitucional, sin la afectación de derechos adquiridos, procediendo su inaplicación.

De conformidad con lo anterior, para este Despacho no hay duda que como lo ha manifestado en procesos anteriores con asuntos similares a éste, el ente universitario demandado, se encontraba facultado para inaplicar de manera unilateral los actos con efectos *pro futuro* que reconocían los emolumentos denominados auxilio de transporte, alimentación y navideño, como quiera que, eran incompatibles con la Constitución por ser creados y fijados por un organismo sin competencia para ello, se trataban de una mera expectativa al no tener el carácter de derecho adquirido y; se buscó evitar la prolongación de unas situaciones contrarias a derecho.

- COSTAS

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas, a la parte vencida por cuanto no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a esa sanción, tales como, temeridad, irracionalidad absoluta de su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

V.- FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE no probada la excepción de caducidad de la acción.

SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda, por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: NOTIFÍQUESE personalmente el presente fallo al señor Procurador Delegado ante este Despacho

QUINTO: Ejecutoriada esta sentencia **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MAURICIO JAVIER RODRIGUEZ AVENDAÑO
JUEZ