

FIJACIÓN DEL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS TERRITORIALES – Competencia / FIJACIÓN DE LAS ESCALAS DE REMUNERACIÓN Y DE LOS SALARIOS DE LOS SERVIDORES TERRITORIALES – Competencia / FIJACIÓN DE LAS ESCALAS DE REMUNERACIÓN Y DE LOS SALARIOS DE LOS SERVIDORES TERRITORIALES – Límite / RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Aplicación de los empleados públicos del orden nacional

Las autoridades del orden territorial no tienen competencia constitucional ni legal para crear prestaciones sociales; y, en todo caso, la fijación de las escalas de remuneración por parte de las asambleas y concejos, según corresponda, y los salarios por parte de los alcaldes y gobernadores deben sujetarse a las prestaciones y los límites salariales determinados por el gobierno nacional. Por tanto, cualquier disposición en ese sentido por parte de los entes territoriales es ilegal e inconstitucional. (...). Es dable concluir que a los empleados públicos de las empresas sociales del Estado les es aplicable el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin que sea posible que las autoridades territoriales creen o reconozcan emolumentos de este tipo distintos a los establecidos por el legislador y el gobierno nacional.

NOTA DE RELATORÍA: En relación con la falta de competencia de las corporaciones públicas territoriales de crear regímenes laborales y prestacionales propios, distintos a los de la ley, ver: C. de E., Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 15 de abril de 2010, radicación: 0417-09, C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila. En cuanto al régimen salarial de los empleados de las empresas sociales del Estado, ver: C. de E., Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 24 de octubre de 2019, radicación: 0494-18, C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 150 / LEY 4 DE 1992 – ARTÍCULO 10 / LEY 4 DE 1992 – ARTÍCULO 12 / LEY 10 DE 1990 – ARTÍCULO 30 / DECRETO 1919 DE 2002 – ARTÍCULO 2 / DECRETO 1919 DE 2002 – ARTÍCULO 5

FALSA MOTIVACIÓN – Configuración

La falsa motivación entonces ocurre cuando no existe concordancia entre la realidad fáctica y jurídica en la que debió fundamentarse el acto administrativo y las razones de esta índole que quedaron consignados en la decisión. En otros términos, esta causal de nulidad tiene su origen en la falta de veracidad de las razones de hecho y de derecho que sustentaron el acto y que contradicen las que sí corresponden con la realidad.

NOTA DE RELATORÍA: En relación con la falsa motivación como causal de anulación del acto administrativo, ver: C. de E., Sección Segunda, Subsección A, auto de 19 de julio de 2018, radicación: 0461-16, C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas.

EMPLEADO DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO / BONIFICACIÓN POR ANTIGÜEDAD Y PRIMA DE PRODUCTIVIDAD – Prestaciones extralegales / PRESTACIONES EXTRALEGALES – Improcedencia de su reconocimiento / PRIMA TÉCNICA A LOS EMPLEADOS TERRITORIALES – Improcedencia de su reconocimiento / INDEMNIZACIÓN POR RETIRO DEL SERVICIO – Solo procede para los empleados de carrera / INDEMNIZACIÓN MORATORIA –

Improcedencia de su reconocimiento / CONGRUENCIA ENTRE LAS PRETENSIONES JUDICIALES Y LAS RECLAMADAS EN SEDE ADMINISTRATIVA – Delimita el ámbito de competencia del juez de lo contencioso administrativo / NORMAS TERRITORIALES DE CREACIÓN DE BENEFICIOS EXTRALEGALES – No conceden derechos adquiridos

La bonificación por antigüedad y la prima de productividad fueron creados en los acuerdos entre el departamento de Bolívar y la Asociación Nacional de Trabajadores y Empleados de hospitales, Clínicas y Consultorios (ANTHOC). Ello, es razón suficiente para negar lo pretendido por el demandante, puesto que las autoridades del orden territorial no tienen competencia constitucional ni legal para crear prestaciones sociales, competencia atribuida al Congreso de la República y al gobierno nacional, tal como se expuso en esta providencia. En lo que se refiere a la prima técnica, cabe precisar que, aunque se encuentra consagrada en el artículo 52 del Decreto 1042 de 1978, esta norma es de aplicación exclusiva para los empleados públicos del orden nacional después de que la Corte Constitucional declarara la constitucionalidad de la expresión «del orden nacional» contenida en el artículo 1º *ibídem* en la sentencia C-402 del 3 de julio de 2013.

INDEMNIZACIÓN POR RETIRO DEL SERVICIO – Solo procede para los empleados de carrera / INDEMNIZACIÓN MORATORIA –Improcedencia de su reconocimiento / CONGRUENCIA ENTRE LAS PRETENSIONES JUDICIALES Y LAS RECLAMADAS EN SEDE ADMINISTRATIVA – Delimita el ámbito de competencia del juez de lo contencioso administrativo / NORMAS TERRITORIALES DE CREACIÓN DE BENEFICIOS EXTRALEGALES – No conceden derechos adquiridos

En lo que se refiere a la indemnización por retiro del servicio contemplada en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, se negará ya que la norma se aplica a los empleados públicos inscritos en carrera administrativa a los que, como consecuencia de la liquidación de la entidad, fusión, modificación de la planta de personal etc., se les suprimió el empleo. Así las cosas, al no ser el demandante un empleado en carrera administrativa no tienen derecho al pago de la indemnización que reclama. (...). Al no existir salarios por pagar en favor del demandante y negarse la inclusión de factor extralegales en la liquidación laboral, es claro que no procede tampoco las pretensiones relacionadas con la indemnización moratoria ni con el reconocimiento y pago de los aportes para pensión respecto de estos. Finalmente, en lo que se refiere al argumento del recurso de apelación, según el cual el verdadero problema jurídico consistía en examinar si la demandada podía revocar unilateralmente los acuerdos que reconocieron los emolumentos laborales que reclama, cabe precisar que en sede administrativa no se discutió tal situación. (...). La Sala no encuentra que la administración hubiese revocado algún acto administrativo que beneficiara al demandante y que este discutiera tal decisión en sede administrativa. Tampoco está demandado el acto administrativo en virtud del cual se hizo la revocatoria aludida, pues se demanda, exclusivamente, la nulidad de las Resoluciones 030 del 20 de marzo de 2008 y 050 del 7 de mayo de 2008; por ende, solo respecto de estas es posible emitir un pronunciamiento. Debe advertirse, igualmente, que si bien es cierto se celebraron los acuerdos antedichos, de estos no se desprenden derechos adquiridos para el demandante, puesto que el reconocimiento de salarios extralegales a empleados territoriales, por vulnerar las normas de competencia fijadas en el numeral 19, literal e) del artículo 150 de la Carta Política y los artículos 10.º y 12 de la Ley 4ª de 1992, no pueden ser considerados derechos adquiridos, pues el artículo 58 de la Carta Política protege solo aquellos que se obtuvieron de conformidad con la Constitución y las leyes.

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

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., trece (13) febrero de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 13001-23-31-000-2008-00545-01(4108-13)

Actor: JAVIER LUIS MARTÍNEZ PATERNINA

Demandado: E.S.E. HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN, DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR Y MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Temas: Acreencias laborales

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante, quien actúa por intermedio de apoderado, contra la sentencia proferida el 2 de agosto de 2013 por la Sala de Decisión 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda¹

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, el señor Javier Luis Martínez Paternina formuló demanda para que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos emitidos por el liquidador de la ESE Hospital San Pablo de

¹ Folios 24 a 45.

Cartagena en Liquidación:

a. Resolución 030 del 20 de marzo de 2008 por medio de la cual se le reconoció y ordenó el pago por concepto de deuda laboral, cesantías y prestaciones sociales.

b. Parcialmente la de la Resolución 050 del 7 de mayo de 2008 que resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra del acto administrativo antedicho.

c. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho solicitó condenar solidariamente a las entidades demandadas a reliquidar y pagar los siguientes conceptos laborales²:

Concepto salarial y prestacional	Monto pedido
Asignación básica del año 2008	\$4.857.823.
Cesantías	\$45.165.032.
Vacaciones indemnizadas por su no disfrute	\$4.327.323.
La prima técnica salarial, prima técnica de productividad, prima de servicios, bonificación por productividad, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por antigüedad, recargo nocturno y dominical desde el año 1995.	\$180.202.887.
Auxilio educativo	\$11.444.855.
Indemnización por despido injustificado	\$157.231.544.

Así mismo, solicitó que se le paguen lo que se indica a continuación: i) los salarios moratorios causados desde la fecha que se le deben y hasta que se realice el pago, con la indexación y los interés legales y moratorios correspondientes; ii) los aportes para pensión conforme con las sumas reconocidas dentro del proceso; iii) los perjuicios morales causados y; iv) las costas y gastos del proceso.

1.1.2. Hechos

Los hechos que fundamentaron las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

a. Mediante el Decreto 711 del 20 de diciembre de 2007 el gobernador del departamento de Bolívar dispuso la supresión y liquidación del ESE Hospital San Pablo de Cartagena, conforme con las facultades otorgadas en el Acuerdo 001 de igual año.

² Se enlistará la pretensión tal como fue redactada por el demandante.

b. El decreto en mención estableció en el artículo 22 que el pago de las indemnizaciones, prestaciones y el pasivo laboral se establecería con cargo al Convenio Interinstitucional 0372 del 11 de diciembre de 2007, suscrito entre el ente hospitalario, el Ministerio de la Protección Social y el departamento de Bolívar.

c. A través del Decreto 095 del 6 de febrero de 2008 se suprimió la planta de personal del hospital enjuiciado; dentro del que se encontraba el cargo de médico general código 211, que ocupaba el demandante.

d. La ESE Hospital San Pablo de Cartagena, mediante la Resolución 030 del 20 de marzo de 2008, y, previo el reconocimiento de la relación laboral, ordenó el pago de \$134.563.486, por concepto de deuda laboral; \$4.499.853, por prestaciones sociales; y \$40.745.492, por cesantías.

e. Contra el acto administrativo referido interpuso recurso de reposición en el que fundamentó que la liquidación se efectuó con una base salarial errada y sin la inclusión de todos los factores salariales y prestacionales que se debían; tampoco la indemnización por la ruptura de la relación laboral ni la correspondiente por la moratoria en el pago y los aportes a pensión.

f. La entidad resolvió el recurso de reposición mediante la Resolución 050 del 20 de mayo de 2008 sin reconocer lo pedido.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales, se señalaron los artículos 1, 2, 4, 25, 28, 53, 228 de la Constitución Política; 44 de la Ley 909 de 2004; 193 y 195 de la Ley 100 de 1993; 28, 62, 66 del Decreto 01 de 1984 y; 2.º del Decreto 1919 de 2002. De igual manera, las Resoluciones 3268 de 1994 y 32 del 27 de diciembre de 1994, que contienen el acuerdo laboral celebrado entre ANTHOC, ASMEDAS y el ente territorial aludido.

El demandante alega que los actos demandados fueron expedidos con falsa motivación, puesto que las liquidaciones que contienen se sustentan en bases salariales que no corresponden con lo realmente debido.

Así, señaló que la entidad dejó de pagarle las siguientes primas: técnica salarial, bonificación por productividad, servicios, navidad, vacaciones, y la bonificación por antigüedad. Adujo que la entidad cesó en los pagos desde el mes de junio de 2004 con fundamento en el Decreto 1919 de 2002.

Esta actuación, a su juicio, quebrantó el artículo 53 de la Carta Política y el derecho a recibir estímulos salariales protegido por la Corte Constitucional en la sentencia C-1337 de 2000 y, además, la excepción consagrada en el artículo 2.º de dicha norma. Igualmente, desconoció el acuerdo suscrito entre el departamento de Bolívar con ASMEDAS y ANTHOC que le otorgaba dichos derechos.

Enseguida, enlistó los conceptos no pagados por el ente hospitalario en la liquidación laboral y aquellos que, aunque se pagaron, se hicieron erróneamente. Dentro de los pagados mencionó las primas de productividad de los años 2002 y 2003 y la prima técnica del año 2003. Así mismo, advirtió que no le sufragaron los incrementos salariales anuales ni los compensatorios durante el tiempo laborado. También realizó un listado de los conceptos que le fueron pagados en un monto inferior a lo debido.³

El demandante afirmó que la entidad quebrantó el debido proceso al cesar en el pago de la prima técnica, reconocida en los acuerdos celebrados entre el departamento de Bolívar con los sindicatos ANTHOC y Asmedas, sin que previamente revocara los actos administrativos que los aprobó. Citó sentencia de tutela proferida por Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Penal, que le protegió el derecho en mención y que no fue cumplido por la entidad.

También indicó que el quebrantamiento del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 existe porque no se le sufragó la indemnización por el retiro del servicio; pese a que era un empleado público que, aunque la entidad refirió como «provisional», su estabilidad y permanencia le otorgaban ese derecho.

Finalmente, señaló que todas las entidades deben responder solidariamente, puesto que la ESE expidió los actos, y el departamento de Bolívar y el Ministerio las ordenanzas y acuerdos en los que reconocieron los derechos.

1.2. Contestación de la demanda

³ Sobre este punto incluyó los recargos nocturnos y dominicales, las primas de vacaciones y servicio de los años 2002, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008. Igualmente, la asignación básica de los años 2002, 2003, 2004 y 2006.

1.2.1. Fiduciaria La previsora S.A. en representación de la ESE Hospital San Pablo de Cartagena.

La entidad manifestó no constarle los hechos.⁴ Igualmente, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y, aseguró, no tener que responder al ser solo administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ente hospitalario por virtud del contrato de Fiducia 3-1-13236.

Adujo que en tal calidad su única función es la de administrar los recursos y activos fideicomitidos para pagar lo que corresponda a la ESE Hospital San Pablo de Cartagena; pero que en modo alguno lo subrogó en sus obligaciones o se produjo la sustitución patronal. Alegó que no recibió recursos para el pago de sentencias judiciales en los que la entidad en mención estuviere vinculada, por lo que el responsable es el Departamento de Bolívar. Con fundamento en tales argumentos afirmó que, en su caso, existe falta de legitimación en la causa por pasiva.

1.2.2. Departamento de Bolívar.

La entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y expuso en su defensa los siguientes argumentos:⁵

Sobre los hechos manifestó no constarle ninguno, excepto el relacionado con la emisión de los actos administrativos demandados. Con respecto al fondo de la controversia expresó que el demandante no tuvo vínculo laboral con el ente territorial, sino con la ESE Hospital San Pablo de Cartagena, motivo por el que no es el llamado responder.

Al referirse a los intereses moratorios de la liquidación reclamados en la demanda afirmó que no proceden una vez iniciada la liquidación, porque al entrar en dicho proceso se genera una fuerza mayor que impide su generación. Por tal razón, dijo, una vez expedido el Decreto 711 de 2007 que ordenó la liquidación del ente hospitalario cesó su causación.

⁴ Folios 580 a 593.

⁵ Folios 753 a 760.

En lo que respecta al pago de la indexación de los dineros reconocidos la entidad advirtió que este solo es viable en los términos del artículo 44 del Decreto 2211 de 2004, por lo que al terminar el proceso liquidatorio ya no es posible su reconocimiento.

1.2.3. Ministerio de la Protección Social.

La entidad se opuso a todas las pretensiones de la demanda.⁶ Expresó que no debió ser demandada, puesto que el llamado a juicio debe ser el hospital por ser el empleador del demandante y gozar de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio; ello en virtud de la descentralización administrativa y los artículos 185 de la Ley 100 de 1993 y 38 de la Ley 489 de 1998.

El Ministerio agregó que sus funciones se limitan a diseñar la política de salud y a establecer normas técnicas; empero que no toma decisiones administrativas de las entidades descentralizadas del sector local, como es el caso de la ESE Hospital San Pablo de Cartagena. Agregó que, aunque la entidad ejerce control de tutela, lo hace respecto de las entidades descentralizadas del sector central; no obstante, de acuerdo con los artículos 103, 104 y 105 de la Ley 489 de 1989, ello no implica que tenga autoridad presupuestal o administrativa.

En su intervención explicó que suscribió con el departamento de Bolívar el Convenio 0372 del 11 de diciembre de 2001, con el fin de fijar los parámetros respecto de los cuales se iba a modernizar la red pública de salud del ente territorial; empero, que tal documento no le crea responsabilidad alguna, porque, por un lado, en él se especificó que no era constitutivo de responsabilidad laboral y, por otro, la supresión de la planta y de los cargos se efectuó por quienes tenían las competencias para hacerlo, que no era el ente nacional.

En lo que se refiere específicamente al cargo de falsa motivación aseguró que no participó en la expedición de los actos administrativos demandados, razón por la que no es posible imputar tal vicio a una actuación que no fue suya.

Respecto de lo pedido en la demanda aseveró que el demandante no tiene ningún derecho adquirido. Adujo que no puede ordenarse el pago de emolumento salarial

⁶ Contestación visible en los folios 796 a 806.

alguno para los empleados públicos cuando estos derivan de convenciones o acuerdos suscritos sin autorización legal.

La entidad propuso las siguientes excepciones:

- Falta de agotamiento de la vía gubernativa en relación con el Ministerio de los términos del artículo 135 del CCA.

- Falta de legitimación por pasiva, puesto que los hechos y omisiones se derivan de actuaciones de la ESE Hospital San Pablo de Cartagena que goza de autonomía patrimonial, administrativa y jurídica conforme lo dispone el artículo 194 de la Ley 100 de 1993.

- Inexistencia de la obligación. La excepción la justificó en iguales términos a la antedicha.

- Inexistencia de la facultad y consecuente deber jurídico para pagar las prestaciones sociales al demandante, cobro de lo no debido e inexistencia de la solidaridad, que fundamentó en que no existió vínculo laboral alguno entre los dos ni norma que indique la solidaridad.

Finalmente, propuso la excepción de prescripción en el caso de que se acceda a las pretensiones de la demanda.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Cuarta de Decisión, mediante sentencia del 2 de agosto de 2013, denegó las pretensiones de la demanda bajo los siguientes argumentos:⁷

En primer lugar, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ministerio de la Protección Social, en tanto que su actuación se limitó a fijar parámetros técnicos y legales para la modernización de la red pública de salud; empero, no asumió obligaciones de carácter laboral. En lo referente a la Fiduprevisora desestimó la excepción, puesto que es la encargada de la administración del patrimonio de la ESE Hospital San Pablo de Cartagena.

⁷ Folios 1091 a 1094.

En segundo lugar, abordó el fondo de la controversia para negar los derechos reclamados con los siguientes argumentos:

El Tribunal explicó que con la entrada en vigencia del Decreto 1919 de 2002 se derogó cualquier derecho laboral que no fuera de los señalados para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional.

En virtud de lo anterior, concluyó que no le asiste derecho al demandante a la reliquidación de la indemnización laboral con la inclusión de los factores salariales establecidos en los acuerdos laborales firmados por los servidores de la salud con el departamento de Bolívar en los años 1994 y 1995, puesto que estos se expidieron por funcionarios que no tenían competencia para ello. Así, indicó que los únicos con competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos del orden territorial son el Congreso de la República y el presidente.

El *a quo* señaló que los acuerdos en los que basa las pretensiones la parte demandante estuvieron vigentes hasta la entrada en vigencia del Decreto 1919 de 2002, única normativa que regula los derechos salariales y prestacionales reclamados.

De igual manera, explicó que aunque el artículo 5.º del decreto aludido protege los derechos adquiridos, no es el caso del demandante, ya que la pretensión tiene su origen en acuerdos ilegales emitidos sin competencia.

En lo que se refiere a la reliquidación de las cesantías, el Tribunal la negó pues se fundamentaba en que la base salarial con la cual se liquidaron era errónea, lo que quedaba desvirtuado con el análisis previo hecho que da cuenta que no podía tenerse en cuenta los factores salariales acordados entre los trabajadores y el departamento de Bolívar.

Frente al reconocimiento de las horas extras y los días compensatorios, el *a quo* aseveró que no se allegó prueba que demostrara que fueron laboradas efectivamente por el señor Martínez Paternina. Finalmente, el Tribunal negó la pretensión relacionada con la indemnización por la supresión del empleo porque era propia de los empleados con derechos de carrera administrativa.

1.4. El recurso de apelación

El señor Javier Luis Martínez Paternina interpuso recurso de apelación contra la

sentencia de primera instancia y pidió fuera revocada en su integridad.⁸ Expuso los siguientes argumentos:

i) La providencia al fijar el problema jurídico no tuvo en cuenta lo esencial de la demanda.

A su juicio, el problema jurídico que se debió examinar se relaciona con la posibilidad o no de desconocer derechos laborales reconocidos en actos administrativos de los cuales no se ha dado consentimiento expreso para su revocatoria ni han sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El otro problema jurídico que afirma debió abordarse consiste en determinar si la provisionalidad prolongada en un cargo y el retiro del servicio es una carga que debe soportar el empleado o, por el contrario, debe ser indemnizado por ello. En su entender, esto último es lo que debe aplicarse en virtud de la estabilidad laboral reforzada.

En lo que se refiere a las horas extras y el trabajo compensatorio expresó que en tal punto debió analizarse si debe primar la realidad en la prestación del servicio médico o la exigencia de la prueba de que se hizo en dichos tiempos.

De igual manera, al referirse al análisis que hizo el Tribunal sobre la no existencia de derechos adquiridos en razón a que las acreencias fueron reconocidas por funcionario sin competencia, dijo que en el presente caso no se discute si los actos que otorgaron el derecho fueron o no expedidos por el funcionario competente, sino que lo que se analiza es si estas competencias existen, pero para la revocatoria.

Enseguida el apelante dijo que el Tribunal desconoció el fallo de tutela emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el que se protegió su derecho fundamental al debido proceso, al considerar que el acto administrativo que reconoció sus derechos laborales no podía ser revocado sin su consentimiento.

Asimismo, indicó que tampoco lo tuvo en cuenta para decidir sobre la indemnización a que tiene derecho por ser retirado del servicio pese a estar en provisionalidad.

⁸ Folios 1096 a 1109.

ii) El demandante reiteró todos y cada uno de los argumentos expuestos en la demanda.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

1.5.1. La parte demandante

El apoderado del señor Martínez Paternina reiteró lo expuesto en el escrito de demanda y en el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia emitida en primera instancia.⁹

1.5.2. De la parte demandada

No se pronunció en esta etapa procesal.¹⁰

1.6. El Ministerio Público

Pese a que mediante Auto del 07 de febrero de 2014 se ordenó dar traslado al Ministerio Público para que rindiera su concepto, este guardó silencio.¹¹

La Sala decide, previas las siguientes:

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Se circunscribe a determinar si con la expedición del acto administrativo acusado la entidad demandada incurrió en falsa motivación al no incluir en la liquidación laboral los salarios y prestaciones sociales reconocidas en los acuerdos suscritos entre el departamento de Bolívar con los sindicatos ASMEDA y ANTHOC, y al no reconocer la indemnización por el retiro del servicio consagrada en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004.

2.2. Marco normativo

2.2.1. Régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden territorial.

⁹ Folios 118 a 1132.

¹⁰ Folio 1133.

¹¹ Folio 1116 y 1133.

El Acto Legislativo 01 del 11 de diciembre de 1968 asignó al Congreso de la República la competencia exclusiva para fijar el régimen prestacional de los empleados públicos y autorizó al presidente de la república para determinar la asignación salarial de los empleos del orden nacional.

A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos lo establece el gobierno de conformidad con la ley. Al respecto, señala el numeral 19, literal e) del artículo 150 superior lo siguiente:

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

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

(...)

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

A su turno, la Ley 4.^a de 1992 dispone en sus artículos 10 y 12 lo que se indica a continuación:

Artículo 10. **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.**

(...)

Artículo 12. **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 equivalencias con cargos similares en el orden nacional. (Negrilla de la Sala).

De acuerdo con las normas citadas, compete al Congreso de la República, mediante la expedición de leyes marco, dictar las normas generales en las que señale los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno nacional al momento de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

En ese sentido, se presenta una competencia compartida entre el legislador y el ejecutivo para dichos efectos, correspondiéndole a este último establecer

directamente los salarios y prestaciones sociales sin exceder los parámetros fijados en la ley.

En lo que respecta al régimen prestacional, el artículo 12 de la Ley 4.^a de 1992 citada es claro en prohibir que tal prerrogativa la asuman las corporaciones públicas territoriales, por lo que únicamente lo puede hacer el gobierno nacional bajo los parámetros legales.

Por el contrario, en la fijación de los salarios concurren el Congreso de la República, el ejecutivo nacional, las corporaciones administrativas territoriales y los gobernadores y alcaldes.¹² Así lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-510 de 1999 en los siguientes términos¹³:

4.3. En estos términos, para la Corte es claro que existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, así: **Primero**, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. **Segundo**, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. **Tercero**, las asambleas departamentales y concejos municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. **Cuarto**, los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dictan las asambleas departamentales y concejos municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes. **Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional.** (Resalta la Sala).

Expuesto lo anterior, se concluye que las autoridades del orden territorial no tienen competencia constitucional ni legal para crear prestaciones sociales; y, en todo caso, la fijación de las escalas de remuneración por parte de las asambleas y concejos, según corresponda, y los salarios por parte de los alcaldes y gobernadores deben sujetarse a las prestaciones y los límites salariales determinados por el gobierno nacional. Por tanto, cualquier disposición en ese sentido por parte de los entes territoriales es ilegal e inconstitucional.¹⁴

¹² Las Asambleas y concejos municipales porque así lo autorizan los ordinales 7.^o y 6.^o de los artículos 300 y 313 de la Carta Política, respectivamente. Y los alcaldes y gobernadores tienen esa facultad por mandato de los ordinales 7.^o y 7.^o de los artículos 305 y 315 de igual normativa.

¹³ Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección: Segunda. Subsección B. Radicación: 25000-23-25-000-2004-04746-01(0417-09). Actor: María Stella Martínez Cifuentes. Demandado: Departamento de Cundinamarca - Secretaría de Salud y la E.S.E. Hospital San José del municipio la Palma. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá, D.C. 15 de abril de 2010.

2.2.2. Régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las empresas sociales del Estado.

La Ley 100 de 1993 estableció en el artículo 194 que la prestación de los servicios de salud directa por parte de la nación o de las entidades territoriales se haría a través de las empresas sociales del Estado, entidades descentralizadas con autonomía administrativa, patrimonio propio y personería jurídica.

En cuanto al régimen laboral al que deben someterse los servidores públicos que prestan el servicio en este tipo de entidades, la ley aludida especificó en el ordinal 5.º del artículo 195 que: «... tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990».

Por su parte, la Ley 10 de 1990¹⁵ al fijar el régimen laboral señaló lo siguiente:

Artículo 30º.- *Régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos.* Las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud, aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa, y les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo. **A los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la presente Ley...**» (Resalta la Sala).

Con posterioridad, se expidió el Decreto 1919 de 2002, norma que extendió a los empleados públicos del orden territorial el régimen de prestaciones de la rama ejecutiva nacional y, específicamente, en lo que se refiere a los empleados públicos de las empresas sociales del Estado señaló en el artículo 2.º que a estos « 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».

El decreto en mención fue objeto de control de legalidad por parte de la Sección Segunda de esta Corporación lo encontró ajustado a la Carta Política y dispuso, respecto del artículo 5.º relacionado con el respeto de los derechos adquiridos,

¹⁵ Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones.

que únicamente protege aquellos que se adquirieron con arreglo a la ley y no los reconocidos con fundamento en normas expedidas sin competencia.

En efecto, la providencia indicó que: «...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 de competencia para expedirlas».¹⁶

Esta postura concuerda con la de la Sala de Consulta y Servicio Civil en la que expresó, al analizar el reconocimiento de salarios extralegales a empleados territoriales, que en virtud del artículo 58 de la Carta Política y 10.º de la Ley 4ª de 1992 no pueden ser considerados derechos adquiridos aquellos que se obtuvieron con desconocimiento de la Constitución y de las leyes.¹⁷

Así las cosas, de todo lo expuesto es dable concluir que a los empleados públicos de las empresas sociales del Estado les es aplicable el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin que sea posible que las autoridades territoriales creen o reconozcan emolumentos de este tipo distintos a los establecidos por el legislador y el gobierno nacional.¹⁸

2.3. Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

i) Con ocasión de la liquidación de la Empresa Social del Estado Hospital San Pablo de Cartagena se suprimió la planta de cargos y el empleo de médico general 211 que ocupaba el demandante, empleo que era de carrera

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Consejero ponente: Jaime Moreno García. Radicación: 11001-03-25-000-2006-00024-00(0530-06). Actor: Andrés De Zubiria Samper. Demandado: Gobierno Nacional. Bogotá D.C. 16 de agosto de 2007.

¹⁷ Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación interna: 2379 - Aclaración 2302 Número Único: 11001-03-06000-2018-00092-00. Referencia: Primas extralegales creadas por las entidades territoriales. Magistrado ponente Germán Alberto Bula Escobar. En esta providencia la Sala de Consulta citó varias de la Sección Segunda en igual sentido. También se puede consultar el siguiente concepto: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación número: 1393. Actor: ministro del Interior. Referencia: Distrito Capital. Régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. Consejero ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce. Bogotá D.C., 18 de julio de 2002.

¹⁸ En igual sentido se pueden consultar las siguientes providencias proferidas por esta Sección: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Radicación: 76001-23-31-000-2010-00984-02(0494-18). Actor: Empresas Municipales de Cali -EMCALI. Demandado: Guillermo Gutiérrez Valencia. Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá, D.C. 24 de octubre de 2019.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Radicación: 15001-23-31-000-2005-02968-01(2531-13). Actor: Rosa María Rodríguez Obando. Demandado: Departamento de Boyacá. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá, D.C. 22 de septiembre de 2016. De igual ponente Radicación: 76001-23-31-000-2005-04234-01(1204-12). Actor: Hernán Llanos Panesso. Demandado: Hospital Departamental San Rafael ESE Zarzal (Valle Del Cauca). Bogotá, D. C., septiembre 15 de 2016.

administrativa. El proceso liquidatorio y el retiro del servicio encuentran respaldo en las siguientes pruebas:

- Ordenanza 01 del 19 de junio de 2007 por medio de la cual se conceden unas facultades al Gobernador de Bolívar para liquidar, fusionar las empresas sociales del Estado del departamento.¹⁹

- Decreto 711 del 20 de diciembre de 2007 «por la cual se suprime la Empresa Social del Estado Hospital San Pablo de Cartagena».²⁰

- Decreto 095 del 6 de febrero de 2008 a través del cual el gobernador del departamento de Bolívar suprimió la planta de cargos de la ESE San Pablo de Cartagena en liquidación, entre ellos el de médico general 211 desempeñado por el demandante.²¹

- Certificado emitido por el departamento de recursos humanos de la ESE Hospital San Pablo de Cartagena en el que consta que el cargo de médico general grado 211 es de carrera administrativa.²²

- Notificación del 8 de febrero de 2008 al demandante del Decreto 095 de 2008 que definió la supresión del cargo de médico general 211 que venía ocupando.²³

ii) Se probó que el departamento de Bolívar suscribió dos acuerdos laborales con los sindicatos ANTHOC y ASMEDAS, en los que pactó la inclusión, como derechos salariales y prestacionales del personal médico, los siguientes: auxilio educativo, las primas de vacaciones, servicios, navidad, alimentación, distancia, técnica y, las bonificaciones de antigüedad y servicios. De ello dan cuenta los documentos que se citan a continuación:

- Resolución 3268 del 27 de diciembre de 1994 por la cual se adopta un acuerdo laboral entre el departamento de Bolívar y la Asociación Nacional de Trabajadores y Empleados de Hospitales, Clínicas y Consultorios (ANTHOC). En el documento se reconocen como derechos salariales y prestaciones el auxilio educativo, las primas de vacaciones, servicios, navidad, alimentación, distancia y, las bonificaciones de antigüedad y servicios.²⁴

¹⁹ Folios 868 a 869.

²⁰ Folios 876 a 897.

²¹ Folios 872 a 875.

²² Folio 116.

²³ Folio 173.

²⁴ Folios 30 a 64.

- Acta del acuerdo celebrado entre el departamento de Bolívar y ASMEDAS en el que se pactó el incremento salarial para el personal médico y una prima técnica mensual para los galenos.²⁵

iii) Se probó que al demandante la entidad no le pagó en la liquidación los siguientes emolumentos:

- En el año 2002 no pagó la bonificación por antigüedad.
- En el año 2003 no pagó la prima de productividad y la bonificación por antigüedad.
- En el año 2004 no pagó la prima técnica y la bonificación por antigüedad.
- En los años 2005 y 2006 no pagó la prima técnica y la de productividad ni la bonificación por antigüedad.

Ello se comprobó al examinar los documentos que a continuación se citan:

- Certificado de pagos realizados al señor Javier Martínez Paternina por parte de la ESE Hospital San Pablo de Cartagena. En el documento consta que durante los años 1995 a 2006 le pagaron lo siguiente²⁶:

Años	Factores salariales y prestaciones sociales pagadas	Factores salariales y prestaciones sociales que no se pagaron
1995 1996 1997 1998 1999 2000 2001	Asignación básica Recargos nocturnos, dominicales diurnos y nocturnos. Primas: técnica, de productividad, de servicios, de navidad, de vacaciones, bonificación por recreación bonificación por antigüedad, bonificación por servicios prestados.	
2002	Asignación básica Recargos nocturnos, dominicales diurnos y nocturnos. Primas: técnica, de productividad, de servicios.	Primas de vacaciones, bonificación por recreación, bonificación por antigüedad, bonificación por servicios prestados.
2003	Asignación básica Recargos nocturnos, dominicales diurnos y nocturnos. Primas: técnica, de servicios	Igual que el 2002. Además, la prima de productividad.

²⁵ Folios 66 a 69.

²⁶ Folios 1026 a 1037. El documento lo firma el profesional especializado de la Secretaría de Salud del Departamento de Bolívar.

2004	Asignación básica Recargos nocturnos, dominicales diurnos y nocturnos. Primas: técnica, de productividad, de servicios	Igual que el 2002
2005	Asignación básica Recargos nocturnos, dominicales diurnos y nocturnos. Primas de servicios y navidad	Igual que el 2002. Además, las primas: técnica y de productividad.
2006	Asignación básica Recargos nocturnos, dominicales diurnos y nocturnos.	Igual que el 2002. Además, las primas: técnica, de productividad, de servicios y navidad.

- Certificado de lo pagado al demandante por parte del Ministerio de la Protección Social con ocasión de la liquidación de la ESE Hospital San Pablo de Cartagena. En él consta lo que sigue²⁷:

Año	Dejado de pagar relacionado en el cuadro anterior	Lo pagado por el Ministerio de la Protección Social según la certificación allegada al proceso
2002	Prima de vacaciones, bonificación por recreación, bonificación por servicios prestados, bonificación por antigüedad.	La entidad pagó todo, excepto la bonificación por antigüedad. Reconoció, igualmente, un retroactivo por Asignación básica.
2003	Prima de vacaciones y productividad, bonificación por recreación, bonificación por servicios prestados, bonificación por antigüedad	Pagó todo excepto, la prima de productividad y la bonificación por antigüedad. Reconoció, igualmente, un retroactivo por asignación básica.
2004	Prima de vacaciones, bonificación por recreación, bonificación por servicios prestados, bonificación por antigüedad,	La entidad pagó todo, excepto la bonificación por antigüedad y la prima técnica. Reconoció, igualmente, un retroactivo por asignación básica.
2005	Prima de vacaciones, técnica y productividad, bonificación por recreación, bonificación por servicios prestados, bonificación por antigüedad.	La entidad pagó todo lo debido, excepto la prima técnica y de productividad y la bonificación por antigüedad. Reconoció, igualmente, un retroactivo por Asignación básica.
2006		

²⁷ Folios 1038 a 1044.

	Prima de vacaciones, técnica, de productividad, de servicios y navidad, bonificación por recreación, bonificación por servicios prestados, bonificación por antigüedad.	La entidad pagó todo lo debido, excepto la prima técnica y de productividad y la bonificación por antigüedad. Reconoció, igualmente, un retroactivo por Asignación básica.
--	---	---

- Resolución 030 del 20 de marzo de 2008 a través de la cual la ESE Hospital San Pablo de Cartagena reconoció y ordenó el pago de una «deuda laboral, cesantías y prestaciones sociales» en favor del demandante por una suma de \$134.653.486 por deuda laboral; \$4.499.853, por prestaciones sociales; y \$40.745.492, por cesantías.²⁸

Con la resolución se acompañó la liquidación efectuada y que informa lo que a continuación se indica:

Concepto	Incluido en el pago	
Prestaciones sociales	Primas de servicios, vacaciones y navidad	
Cesantías	El valor de \$40.745.492 es el resultado de la resta al valor de \$72.151.396 de los retiros parciales efectuados por valor de \$31.405.904.	
Deuda laboral	2001	Asignación básica, horas extras
	2002	Asignación básica, horas extras. Primas: técnica, vacaciones, servicios, bonificación por servicios prestados y recreación.
	2003	Igual que el año 2002
	2004	Igual que el año 2002, excepto prima técnica y productividad.
	2005	Igual que el año 2002, excepto la prima técnica, productividad y antigüedad
	2006	Igual que el año 2002, excepto la prima técnica, productividad y antigüedad
	2007	Asignación básica, horas extras. Primas: vacaciones, servicios, bonificación por servicios prestados y recreación. Excepto prima técnica y productividad.
	2008	Asignación básica y horas extras

Una vez se analizaron los documentos indicados y se hizo la comparación entre lo que se le debía al demandante y lo que se pagó desde el año 2002 al 2008 se

²⁸ Folios 176 a 178.

concluyó que faltó pagar la bonificación por antigüedad, la prima de productividad y la prima técnica por los años que se indicaron anteriormente.

iv) se probó que contra la Resolución 030 del 20 de marzo de 2008²⁹ el demandante interpuso recurso de apelación y que fue decidido de manera desfavorable a través de la Resolución 050 del 7 de mayo de 2008.³⁰

v) Se probó que el cargo de médico general grado 211 que ocupaba el demandante era de carrera administrativa. Así lo advierte el certificado emitido por el departamento de recursos humanos de la ESE Hospital San Pablo de Cartagena.³¹

No obstante, dentro del expediente no existe prueba que el señor Martínez Paternina hubiese ingresado al empleo luego de haber superado las etapas propias del concurso público de méritos. En virtud de ello, se infiere que su vinculación era en provisionalidad.

2.4. Caso concreto. Falsa motivación

El artículo 84 del CCA estableció también como causal de nulidad de los actos administrativos la falsa motivación, vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, que no es más que los fundamentos de hecho o de derecho que ocasionan que la administración exteriorice su voluntad.³²

En efecto, la motivación de los actos administrativos es la declaratoria de las razones de hecho y de derecho que tuvo la administración para emitir determinada decisión. Su contenido permite conocer las causas que impulsaron la exteriorización de la voluntad de esta en determinada dirección.

La Corte Constitucional la ha definido como «la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa

²⁹ Folios 179 a 186.

³⁰ Folios 189 a 196.

³¹ Folio 116.

³² En relación con el vicio de falsa motivación puede examinarse la siguiente providencia: Auto del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Radicación: 110010325000201600089 00. Número: 0461-2016. Suspensión provisional. Actor: Nación, Fiscalía General de la Nación. Demandado: Edith Amanda Huertas Jurado. Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá, D. C. 19 de julio de 2018.

legitimidad».³³ En ese orden, los actos administrativos deben: i) tener su origen en hechos veraces que los soporten y, ii) estar sustentados en normas constitucionales, legales o reglamentarias, según sea el caso.

La falsa motivación entonces ocurre cuando no existe concordancia entre la realidad fáctica y jurídica en la que debió fundamentarse el acto administrativo y las razones de esta índole que quedaron consignados en la decisión.³⁴ En otros términos, esta causal de nulidad tiene su origen en la falta de veracidad de las razones de hecho y de derecho que sustentaron el acto y que contradicen las que sí corresponden con la realidad.³⁵ Jurisprudencialmente, se afirmó que esta se configura cuando concurren los siguientes elementos³⁶:

Además también se puede afirmar que los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son: i) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; ii) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y iii) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado.

Es claro, entonces, que para la configuración de la falsa motivación es preciso que se cumplan los presupuestos enunciados y, además, que quien alega la existencia de esta causal de nulidad le corresponde demostrarla; en tanto que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad.³⁷

En el presente caso, el demandante afirmó que se presentó falsa motivación como vicio de nulidad de los actos administrativos enjuiciados; toda vez que en la liquidación hecha de los salarios y prestaciones sociales no se tuvo en cuenta los conceptos reconocidos en los acuerdos suscritos entre el departamento de Bolívar con ASMEDAS y ANTHOC.

³³ Corte Constitucional, sentencia SU-250 de 1998, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

³⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda. Procesos acumulados con los siguientes Radicados: 11001-03-25-000-2016-00019-00 (0034- 2016) Acumulados: 11001-03-25-000-2016-00025-00 (0052-2016) 11001-03-25-000-2016-00048-00 (0156-2016) 11001-03-25-000-2016-00064-00 (0271-2016) 11001-03-25-000-2016-00052-00 (0184-2016) 11001-03-25-000-2016-00047-00 (0155-2016) 11001-03-25-000-2016-00026-00 (0053-2016) 11001-03-24-000-2016-00002-01 (0310-2016). Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Bogotá, D.C. 23 de marzo de 2017.

³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 7 de junio de 2012. Expediente: 2006-00348.

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B Radicación: 54001-23-31-000-2009-00182-01(3555-14). Actor: Carlos Mario David Pérez. Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá, D.C. 8 de septiembre de 2017.

³⁷ Ver la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de octubre de 1999, Expediente: 3.443, consejero ponente Juan Alberto Polo Figueroa. En la providencia se indicó «tiene la carga de la prueba, es decir, de demostrar la falsedad o inexactitud en los motivos que explícita o implícitamente sustentan el acto administrativo respectivo, habida cuenta de la presunción de legalidad de que se hallan revestidos los actos administrativos».

Pues bien, según quedó demostrado con antelación, los únicos emolumentos que no se le pagaron al demandante en la liquidación efectuada en los actos administrativos demandados, corresponden a la bonificación por antigüedad, la prima de productividad y la prima técnica por los años 2002 al 2008.

La bonificación por antigüedad y la prima de productividad fueron creados en los acuerdos entre el departamento de Bolívar y la Asociación Nacional de Trabajadores y Empleados de hospitales, Clínicas y Consultorios (ANTHOC). Ello, es razón suficiente para negar lo pretendido por el señor Martínez Paternina, puesto que las autoridades del orden territorial no tienen competencia constitucional ni legal para crear prestaciones sociales, competencia atribuida al Congreso de la República y al gobierno nacional, tal como se expuso en esta providencia.

En lo que se refiere a la prima técnica, cabe precisar que, aunque se encuentra consagrada en el artículo 52 del Decreto 1042 de 1978, esta norma es de aplicación exclusiva para los empleados públicos del orden nacional después de que la Corte Constitucional declarara la constitucionalidad de la expresión «del orden nacional» contenida en el artículo 1.º *ibidem* en la sentencia C-402 del 3 de julio de 2013.³⁸

En la providencia se indicó que la no aplicación de la normativa a los empleados territoriales no constituía una discriminación, en tanto que los regímenes laborales no son equiparables al responder a requerimientos específicos de cada entidad.³⁹

La prima técnica tampoco es aplicable a los empleados territoriales puesto que el Decreto Ley 1661 de 27 de junio de 1991⁴⁰ precisó que era aplicable a los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional. De igual manera, cuando se trató de extender dicho beneficio a tales trabajadores a través del Decreto Reglamentario 2164 de 1991 la norma fue declarada nula por el Consejo de Estado⁴¹ al considerar que el gobierno extralimitó las facultades otorgadas en la Ley 60 de 1960.

³⁸ MP Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁹ La Corte precisó: « En el caso particular de los diferentes regímenes laborales, la Corte ha concluido la improcedencia general del juicio de igualdad entre sus prestaciones. Esto en consideración a que no son equiparables y responden cada uno de ellos a los requerimientos específicos del orden o entidad de que se traten, el grado de responsabilidad y calificación profesional requerida o, lo que resulta particularmente importante para el caso analizado, a si se trata de empleos del orden nacional o territorial».

⁴⁰ «Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica, se establece un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones».

⁴¹ Radicado No. 11995. Sentencia de 19 de marzo de 1998. Consejero ponente Silvio Escudero Castro

Finalmente, debe decirse que en este asunto particular no aplica el Decreto 1919 de 2002, pues este dispuso en el artículo 1.º la homologación de prestaciones sociales entre el orden local con el sector nacional; empero, no incluyó los factores salariales, como es el caso de la prima técnica.⁴²

En lo que se refiere a lo pedido por cesantías, la Sala advierte que el demandante no demostró el pago erróneo de estas y, por el contrario, allegó con la demanda una liquidación hecha por un contador público en cuya realización se tomaron los valores que, según se explicó, no debían pagarse y que, por ende, no podían incluirse.⁴³ Igual sucede con el pago del trabajo complementario.

En efecto en dicho documento se expresó «Una vez revisados los análisis respectivos se observan diferencias a favor del Dr. Javier Martínez Paternina **al tener en cuenta los Acuerdos y Resoluciones en aplicación de factores salariales** tal como se demuestra en los cuadros anteriores»⁴⁴ (Resalta la Sala).

Por último, en lo que se refiere a la indemnización por retiro del servicio contemplada en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, se negará ya que la norma se aplica a los empleados públicos inscritos en carrera administrativa a los que, como consecuencia de la liquidación de la entidad, fusión, modificación de la planta de personal etc., se les suprimió el empleo. Así las cosas, al no ser el demandante un empleado en carrera administrativa no tiene derecho al pago de la indemnización que reclama.

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que en el presente caso no se configuró el vicio de nulidad por falsa motivación de los actos administrativos; en tanto que en la liquidación efectuada no se podían incluir factores salariales no previstos dentro del régimen salarial y prestacional aplicable al señor Martínez Paternina, quien tampoco podía beneficiarse de prerrogativas convencionales que no resultan aplicables a los empleados públicos, por mandato expreso del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al no existir salarios por pagar en favor del demandante y negarse la inclusión de factor extralegales en la liquidación laboral, es claro que no procede tampoco las

⁴² Al respecto ver la siguiente sentencia: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Radicación: 73001233300020130036701. Número Interno: 2167-14. Actor: Dolly Rodríguez Riaño. Consejero Ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018) Apelación sentencia. Reconocimiento Prima Técnica.

⁴³ Folios 360 a 440.

⁴⁴ Folio 360.

pretensiones relacionadas con la indemnización moratoria ni con el reconocimiento y pago de los aportes para pensión respecto de estos.

Finalmente, en lo que se refiere al argumento del recurso de apelación, según el cual el verdadero problema jurídico consistía en examinar si la demandada podía revocar unilateralmente los acuerdos que reconocieron los emolumentos laborales que reclama, cabe precisar que en sede administrativa no se discutió tal situación.

En efecto, el recurso de apelación⁴⁵ interpuesto contra la Resolución 030 del 28 de marzo de 2008 se limitó a señalar que la liquidación laboral se hizo con una errada base salarial al no incluir los factores salariales reconocidos en los acuerdos celebrados entre el departamento de Bolívar con ASMEDAS y ANTHOC, el pago de trabajo complementario y la indemnización del artículo 44 de la Ley 909 de 2004. La entidad por su parte se limitó a resolver estos puntos.

La Sala no encuentra que la administración hubiese revocado algún acto administrativo que beneficiara al demandante y que este discutiera tal decisión en sede administrativa. Tampoco está demandado el acto administrativo en virtud del cual se hizo la revocatoria aludida, pues se demanda, exclusivamente, la nulidad de las Resoluciones 030 del 20 de marzo de 2008 y 050 del 7 de mayo de 2008; por ende, solo respecto de estas es posible emitir un pronunciamiento.

Debe advertirse, igualmente, que si bien es cierto se celebraron los acuerdos antedichos, de estos no se desprenden derechos adquiridos para el demandante, puesto que el reconocimiento de salarios extralegales a empleados territoriales, por vulnerar las normas de competencia fijadas en el numeral 19, literal e) del artículo 150 de la Carta Política y los artículos 10.º y 12 de la Ley 4ª de 1992, no pueden ser considerados derechos adquiridos, pues el artículo 58 de la Carta Política protege solo aquellos que se obtuvieron de conformidad con la Constitución y las leyes.

Así las cosas, en el presente caso no se presentó una revocatoria de actos administrativos, como lo afirma el demandante, sino que la administración al momento de efectuar la liquidación inaplicó unos acuerdos que fueron emitidos sin competencia constitucional ni legal, los cuales no otorgaban derecho adquirido alguno, proceder acorde con lo sostenido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en la consulta con radicado 1393 de 2002⁴⁶.

⁴⁵ Folios 179 a 180.

⁴⁶ Magistrado ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce. Bogotá D.C., 18 de julio de 2002.

3. Decisión.

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Cuarta de Decisión, el 2 de agosto de 2013, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

4. De la condena en costas

Toda vez que no se advierte actuación temeraria por ninguna de las partes, conforme el artículo 55 de la ley 446 de 1998 no hay lugar a la imposición de condena en costas.

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

FALLA:

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 2 de agosto de 2013 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Cuarta de Decisión, que denegó las pretensiones de la demanda en el proceso promovido por el señor Javier Luis Martínez Paternina contra la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena en Liquidación, Departamento de Bolívar y Ministerio de la Protección Social, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: No condenar en costas a las partes.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

YSB