

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Radicado: 11001-33-35-009-2017-00193-00
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: GERARDO FORERO PRIETO
Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA

Están las diligencias al Despacho para proceder el juez a proferir la sentencia que en derecho corresponde en el proceso iniciado por GERARDO FORERO PRIETO contra el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA.

I. Antecedentes

1.1. La demanda y su contestación

1.1.1. Pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), la parte actora solicitó la nulidad del oficio 2016548377 del 8 de agosto de 2016 y, como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, a título de restablecimiento del derecho, disponer la reliquidación de sus cesantías retroactivas definitivas con la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, incluyendo la **prima técnica**; el pago de la condena debidamente indexada; el descuento de valores ya reconocidos y pagados al Fondo Nacional del Ahorro; y el reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006.

1.1.2. Fundamentos fácticos

Manifestó que nació el 6 de agosto de 1952, prestó sus servicios desde el 1 de junio de 1974 hasta el 3 de marzo de 2014 y para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 se encontraba vinculado y tenía derecho al reconocimiento y pago de la cesantía retroactiva liquidada con la totalidad de factores salariales devengados durante el último año

de servicios.

A través de la resolución 1490 del 9 de agosto de 2007 le fue liquidada su cesantía retroactiva con corte a 30 de septiembre de 2005 y enviado su pago al Fondo Nacional del Ahorro.

Resaltó que considera ser beneficiario del régimen de transición previsto en la referida Ley 344, razón por la cual el 3 de agosto de 2016 solicitó la reliquidación de su prestación con el 100% de todos los factores salariales devengados por él, petición que fue resuelta en forma desfavorable con oficio 2016548377 del 8 de agosto de 2016.

1.1.3. Fundamentos de derecho

Citó normas de rango internacional relacionadas con la definición de salario, con el fin de respaldar la pretensión de incluir la prima técnica como factor de salario para liquidar la cesantía retroactiva.

Adujo que, para el caso particular resulta aplicable lo previsto en el artículo 45 de la Ley 1045 de 1978 y la Ley 244 de 1995; trajo a colación diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que justifican la reliquidación de la cesantía retroactiva con todos los factores que constituyen salario.

1.1.4. Contestación a la demanda¹

La apoderada de la entidad demandada, alegó que, no resulta procedente la inclusión de la prima técnica en la liquidación de las cesantías del actor, toda vez que dicho emolumento corresponde a la **evaluación de desempeño** y esta no constituye factor salarial ni es factor legal para los trabajadores de las entidades territoriales.

Consideró improcedente la pretensión relacionada con la sanción moratoria, toda vez que no se ha configurado omisión o retardo por parte de la administración en reconocer y pagar la cesantía.

Precisó que, el demandante prestó sus servicios al Departamento de Cundinamarca – Secretaría de Educación desde el 1 de junio de 1974 hasta el 3 de marzo de 2014, pagado por la Secretaría de Educación con recursos del Sistema General de Participaciones.

¹ Folios 76 a 114 del expediente

Formuló como excepción de fondo la que denominó *cobro de lo no debido*, fundamentada en que, la entidad no administró las cesantías del demandante desde el 1 de octubre de 2005 hasta el 3 de marzo de 2014; fue declarada nula la norma que consagró el reconocimiento de la prima técnica que el actor solicita sea incluida en la liquidación de su cesantía; y, se le liquidó y pagó correctamente la prestación objeto de reclamo.

1.2. Trámite procesal

Con auto del 24 de septiembre de 2018 se admitió la demanda; el 18 de octubre de 2019 se instaló audiencia inicial, la cual fue suspendida por un acuerdo conciliatorio improbadado mediante proveído del 18 de diciembre de 2019; el 27 de enero de 2020 se continuó la audiencia inicial con decreto de pruebas documentales; la audiencia de pruebas se llevó a cabo el 9 de marzo de 2020 y en ella se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

1.2.1. Alegatos de la parte actora

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda; invocó las previsiones de la Ley 6 de 1945; el Decreto 1160 de 1947; el Decreto 3118 de 1968; y el listado de factores salariales previstos en el Decreto 1045 de 1978, las cuales consideró vulneradas por la entidad demandada al momento de liquidar la cesantía.

Invocó las normas de creación del Fondo Nacional del Ahorro y el régimen de cesantía anualizado que allí se administra; así como la transición para aquellos trabajadores que se encontraban bajo régimen retroactivo administrado y pagado por el empleador y que conservarían su derecho hasta la terminación del vínculo laboral.

1.2.2. Alegatos de conclusión de la entidad demandada

La apoderada de la entidad demandada precisó que:

- ✓ El demandante prestó sus servicios a la entidad desde el 01 de junio de 1974 hasta el 03 de marzo de 2014.
- ✓ La Secretaría de Educación del Departamento, con oficio 05135 del 17 de mayo de 2007 informó a la Secretaría de Función Pública que el demandante <<efectuó traslado de Cesantías al Fondo Nacional del Ahorro a partir del 1 de octubre de 2005>>.

- ✓ Mediante resolución 1490 del 9 de agosto de 2007, la Secretaría de la Función Pública revocó la Resolución 0563 del 27 de marzo de 2007 y ordenó el traslado de las **cesantías retroactivas** al Fondo Nacional del Ahorro (FNA).
- ✓ A través de resolución 1490 del 9 de agosto de 2007 la entidad liquidó el periodo comprendido entre el 1 de junio de 1974 y el 30 de septiembre de 2005 y remitió la cesantía retroactiva del actor al FNA, acto administrativo que fue notificado personalmente al señor Forero Prieto el **17 de agosto de 2007**; fue el mismo trabajador quien informó a la entidad su traslado al FNA sin renunciar a la retroactividad.
- ✓ Con oficio radicado el 3 de agosto de 2016 el demandante solicitó la reliquidación de su cesantía con la inclusión de todos los factores salariales devengados, petición que fue resuelta en forma desfavorable a través del oficio 2016548357 del 8 de agosto de 2016, con remisión a la liquidación efectuada desde el año 2007.

En su defensa alegó que, los servidores públicos del nivel territorial vinculados antes de la Ley 344 de 1996 están cobijados por el régimen retroactivo, que no lo pierden con su traslado al FNA, toda vez que solo cambian de administrador; en este caso el demandante siempre tuvo claro que quería conservar su régimen retroactivo y así fueron liquidadas por el Departamento de Cundinamarca.

II. CONSIDERACIONES

No se encuentra en discusión la competencia ni el trámite surtido en este asunto, por lo que se definirá el problema o litigio objeto del proceso.

2.1. Problema jurídico

Se trata de determinar ¿cuál es el régimen de cesantías aplicable al demandante, esto es, retroactivo o anualizado? ¿cuál es la forma correcta de liquidar la referida prestación? Y ¿si procede el reajuste de la cesantía definitiva del actor con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, particularmente con la prima técnica?

2.2. De lo acreditado en el proceso

De las pruebas obrantes en el proceso se destacan las siguientes:

2.2.1.- Desprendibles de nómina del demandante correspondientes a los años 1998 a 2014, en donde consta que devengó *prima técnica – factor no salarial* durante todas las anualidades.

2.2.2.- Certificación en la que consta que el demandante prestó sus servicios al Departamento de Cundinamarca del 1 de junio de 1974 al 03 de marzo de 2014.

2.2.3.- Oficio 2016548377 del 8 de agosto de 2016, por medio del cual la entidad demandada resuelve la solicitud de reajuste elevada por el actor en el sentido de señalar que, desde el año 2007 la entidad trasladó al FNA la suma reconocida por concepto de cesantía definitiva retroactiva en favor del actor y, a partir de dicha anualidad, los aportes por este concepto los está efectuado la Secretaría de Educación al referido fondo.

2.2.4.- Certificación expedida por el FNA que acredita:

- ✓ El demandante se encuentra afiliado desde el año 2005.
- ✓ No puede intervenir en la liquidación de las cesantías ni certificar el régimen aplicable, toda vez que esta información es obligación legal de los empleadores.
- ✓ El demandante efectuó retiros parciales en las siguientes fechas: 29 de mayo de 2008, 18 de mayo de 2010, 23 de septiembre de 2013 y 9 de julio de 2018 (esta última como giro de cesantías definitivas).

2.2.5.- Certificación expedida por el Departamento de Cundinamarca en donde consta que, el demandante se trasladó a FNA el 1 de octubre de 2005.

2.2.6.- Resolución 1054 del 11 de junio de 2001, que reconoce cesantía parcial en favor del demandante, liquidada con lo devengado por concepto de salario básico, subsidio de transporte, subsidio de alimentación, bonificaciones, horas extras, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad; liquidadas por el periodo comprendido entre el 01 de junio de 1974 y el 30 de abril de 1999.

2.2.7.- Solicitud de cesantías parciales radicada por el demandante el 6 de febrero de 2007.

2.2.8.- Certificación en la que consta que, el demandante durante los años 2005 – 2006 devengó sueldo, sobresueldo del 35%, subsidio de transporte, prima de servicios, bonificación, prima de vacaciones y prima de navidad.

2.2.9.- Resolución 0563 del 27 de marzo de 2007, por medio de la cual el Departamento de Cundinamarca – Secretaría de Función Pública reconoce en favor del demandante cesantía parcial para reparaciones locativas, por el periodo comprendido entre el 01 de junio de 1974 y el 30 de septiembre de 2006 descontando lo ya reconocido con anterioridad.

2.2.10.- Oficio 035887 del 14 de mayo de 2007, por medio del cual la Secretaría de Función Pública deja en suspenso el pago de la cesantía reconocida, en atención a que, la Secretaría de Educación informó que el demandante se encontraba afiliado al FNA y, por tanto, consideró necesario determinar la competencia para el reconocimiento y pago de la prestación.

2.2.11.- Liquidación de cesantías definitivas con régimen retroactivo, por el periodo comprendido entre el 1 de junio de 1974 y el 30 de septiembre de 2005. Tuvo en cuenta lo devengado por concepto de sueldo, subsidio de transporte, auxilio de alimentación, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificaciones y horas extras.

2.2.12.- Resolución 1490 del 9 de agosto de 2007. A través de este acto administrativo el Departamento de Cundinamarca dejó sin efectos la resolución 563 del 27 de marzo de 2007, liquidó el favor del demandante <<cesantía definitiva retroactiva>> por el periodo comprendido entre el 1 de junio de 19974 y el 30 de septiembre de 2005 y ordenó el traslado de la suma reconocida por este concepto al FNA.

2.2.13.- Carta radicada por el demandante ante la entidad demandada el 22 de agosto de 2007, por medio de la cual manifiesta su inconformidad respecto la *liquidación reconocimiento y traslado de cesantías definitivas*, pues considera que las cesantías definitivas solamente se liquidan con el retiro del servicio, mientras tanto se trata de avances y que **su traslado al FNA** lo efectuó en atención a que ya está legalizado el manejo de régimen retroactivo por dicho fondo, es decir que no está renunciando a la retroactividad.

2.2.14.- Petición radicada el 3 de agosto de 2016, por medio de la cual el demandante solicita a su empleador la reliquidación de las cesantías definitivas con fundamento en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, esto es, con la inclusión de todos los factores de salario allí enlistados.

2.2.15.- Extracto individual de Cesantías allegado por el FNA.

2.2.16.- Certificación expedida por el Departamento de Cundinamarca, en la cual consta que, la liquidación de la cesantía retroactiva efectuada en el año 2007 se efectuó teniendo en cuenta los factores salariales certificados para la época y que no incluían la prima técnica.

2.3. Generalidades del régimen de cesantía y forma de liquidación

Las cesantías corresponden a una prestación social a cargo del empleador y su creación estuvo encaminada a que constituyeran un auxilio para el trabajador que quedara cesante o que debiera atender necesidades de vivienda o educación. En el ordenamiento jurídico colombiano existen dos regímenes para la liquidación y pago de las cesantías, a saber: a) el retroactivo y b) el anualizado.

En el primer caso, el valor del auxilio se encuentra en poder del empleador durante la vigencia de la relación laboral y se paga con base al último salario devengado. Por su parte, el régimen anualizado fue regulado inicialmente por el Decreto 3118 de 1968 y más adelante por la Ley 50 de 1990, disponiendo que las cesantías se liquidan anualmente y deben consignarse a la Administradora del Fondo de Cesantías, a más tardar, el 14 de febrero de cada año, salvo lo previsto para el caso del Fondo Nacional del Ahorro².

Bajo esta égida, debe recordarse que, la Ley 6 de 1945³ estableció en favor de empleados y obreros nacionales el auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo por año de servicio; más adelante, la Ley 65 de 1946⁴ extendió este beneficio a los trabajadores de departamentos, intendencias, comisarías y municipios y a los trabajadores particulares en los términos de la referida Ley 6.

² Así lo resumió el Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección A, con ponencia del consejero Rafael Francisco Suárez Vargas, en sentencia del 14 de noviembre de 2014, dentro del proceso radicado bajo el número 44001233300020160138301.

³ *Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.*

⁴ *Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras.*

Por su parte, el Decreto 2567 de 1946⁵ fue preciso en señalar que el auxilio de cesantía debe liquidarse de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso, la liquidación se hará con el promedio de lo devengado en los últimos 12 meses.

Con la Ley 50 de 1990⁶ se empezó a hablar de régimen anualizado de cesantías a partir del artículo 99 en el cual se previó que, el empleador, con corte a 31 de diciembre de cada año, hará la liquidación de la cesantía por dicha anualidad; pagará al trabajador el 12% de interés legal anual y consignará la suma liquidada por concepto de cesantía a la cuenta individual del trabajador en el fondo que él elija, antes del 15 de febrero del año siguiente.

Mientras tanto, para los empleados públicos, la Ley 344 de 1996⁷ previó que, **a partir de su publicación, las personas que se vinculen** a los órganos y entidades del Estado tendrán régimen de cesantía liquidado a 31 de diciembre de cada año (es decir, anualizado); y, por su parte, la Ley 432 de 1998⁸ que reorganizó el FNA señaló como afiliados obligatorios a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional y, como afiliados voluntarios, a los de las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Pero, además, consagró que, *<<en los casos en que los servidores públicos tengan régimen de retroactividad en la cesantía, el mayor valor será responsabilidad de la entidad empleadora>>*.

El Decreto 1582 de 1998⁹ que reglamentó las Leyes 344 de 1996 y 432 de 1998, efectuó precisiones respecto de los servidores públicos de nivel territorial, así:

1. El régimen de liquidación de los servidores públicos **vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996** que se afilien a los fondos privados de cesantías será el previsto en la Ley 50 de 1990 y los que se afilien al FNA será el establecido en la Ley 432 de 1998.

⁵ Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre prestaciones a favor del trabajador

⁶ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

⁷ Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.

⁸ Por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones.

⁹ Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia.

2. Aquellos servidores públicos que se afilien al FNA y tenga régimen con retroactividad, deberán cumplir con el traslado de recursos previsto en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998.
3. Para aquellos servidores públicos **vinculados con anterioridad** a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, **con régimen retroactivo**, y que se acojan el régimen de la referida ley, el empleador debe realizar la liquidación definitiva de las cesantías y remitirla a la administradora seleccionada por el trabajador.

Entonces, el desmonte del régimen retroactivo de cesantías fue gradual y, para el caso de los empleados territoriales, estableció transición para aquellos que se encontraban vinculados con la administración y bajo el régimen de cesantía retroactivo, aunque decidieran cambiar de administrador, a menos que también resolvieran cambiar de régimen y así lo expresaran.

Por su parte, a través del Decreto 1919 de 2002¹⁰ se previó que, todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, entre otros, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional y las prestaciones sociales serán liquidadas con base en los factores allí establecidos; pero además señaló de manera expresa que *<<los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000>>*.

Bajo este derrotero y por la remisión expresa que hace el citado Decreto 1919, la cesantías de los empleados públicos incluso territoriales, deben liquidarse con los factores salariales enlistados en el Decreto 1045 de 1978¹¹, por ser este el régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional.

Esta disposición normativa en su artículo 45 enlistó los factores de salario para liquidar cesantías, así:

¹⁰ Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial.

¹¹ Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional

<<**ARTICULO 45. DE LOS FACTORES DE SALARIO POR LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES.** Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a. La asignación básica mensual;
- b. Los gastos de representación y **la prima técnica**;
- c. Los dominicales y feriados;
- d. Las horas extras;
- e. Los auxilios de alimentación y transporte;
- f. La prima de Navidad;
- g. La bonificación por servicios prestados;
- h. La prima de servicios;
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;
- k. La prima de vacaciones;
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968>>.

El Consejo de Estado¹² al analizar el régimen retroactivo de cesantías para los empleados públicos del nivel territorial concluyó que:

<< De conformidad con las disposiciones transcritas, se tiene que el **régimen de liquidación retroactivo de cesantías** regulado por la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan, es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de

¹² Sección Segunda, Subsección B, sentencia proferida el 7 de febrero de 2019, dentro del proceso 08001233300020160056501, con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez.

diciembre de 1996 y con base en éste, se origina el derecho al reconocimiento y pago de un mes de salario por cada año de servicios continuos o discontinuos y proporcionalmente por fracción, liquidados con base en el último salario devengado por el servidor público.

En relación con los funcionarios vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1996, a quienes se les otorgó la posibilidad de afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizan por la respectiva entidad pública en la forma prevista en el artículo 6° de la Ley 432 de 1998, sistema que no consagra la sanción por mora en la consignación del valor de las cesantías, sino el cobro de intereses moratorios a favor del fondo>>.

Aquí, vale la pena recordar, como se dijo líneas arriba que <<en los casos en que los servidores públicos tengan régimen de retroactividad en las cesantías, el mayor valor será responsabilidad de la entidad empleadora>>.

2.4. Caso concreto

Está demostrado en el plenario que, el señor Gerardo Forero Prieto prestó sus servicios al Departamento de Cundinamarca desde el 1 de junio de 1974 hasta el 3 de marzo de 2014 en el cargo de auxiliar de servicios generales Grado 1.

También está acreditado que, fue afiliado al FNA desde el año 2005 y que, con corte a esa fecha la entidad empleadora trasladó las sumas reconocidas por concepto de cesantías retroactivas en su favor, descontando lo que hubiese pagado por retiros parciales.

Ahora bien, no existe discusión entre las partes porque así lo reconocen tanto en la demanda como en los escritos de contestación y de alegatos de conclusión que, el demandante gozaba de régimen retroactivo de cesantías y así se mantuvo pese a su traslado al FNA; sin embargo, la discusión radica en la liquidación de dicha prestación al momento del retiro, pues la parte actora asegura que no le fueron incluidos todos los factores salariales devengados durante el último de servicios y enlistados en el Decreto 1045 de 1978, especialmente la Prima Técnica.

Para el Despacho es claro, conforme con el marco normativo y jurisprudencial expuestos en precedencia que, al ser el régimen retroactivo de cesantías el aplicable al señor Forero Prieto por tratarse de un empleado público del orden territorial vinculado con anterioridad al 30 de diciembre de 1996, esta prestación se debe liquidar con los factores salariales devengados por él en el último año de servicios y enlistados en el Decreto 1045 de 1978 y, en ese sentido vale la pena efectuar la siguiente comparación:

Art. 45 del Decreto 1045 de 1978	Factores salariales certificados
La asignación básica mensual;	Sueldo básico
Los gastos de representación y la prima técnica;	Prima técnica – factor no salarial
Los dominicales y feriados;	
La prima de Navidad;	Prima de navidad
La prima de servicios;	Prima de servicios
La prima de vacaciones;	Prima de vacaciones
La bonificación por servicios prestados;	Bonificación por servicios
	Recreación – factor no salarial
Los auxilios de alimentación y transporte;	Subsidio de alimentación
Las horas extras;	Horas extras
Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;	
Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;	
El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;	
Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.	

Así, la cesantía definitiva del demandante debe liquidarse con el último salario devengado incluyendo lo devengado por sueldo básico, antigüedad, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por servicios, subsidio de alimentación y horas extras.

No se incluye la **prima técnica** reclamada en la demanda, por dos razones principales, la primera, porque de acuerdo con lo certificado en el expediente y relacionado en el acápite de pruebas, este emolumento fue reconocido al actor **bajo la aclaración de no constituir factor salarial**, pues se trata de la prima técnica por evaluación de desempeño y no por formación avanzada y experiencia altamente calificada; y la segunda, porque conforme con las normas que regulan el reconocimiento y pago de esta prima y la jurisprudencia que se ha desarrollado en torno al tema,

<<ésta constituye un reconocimiento económico única y exclusivamente para determinados servidores del nivel nacional. En efecto, la prima técnica fue creada para los funcionarios del nivel nacional, según las previsiones de los Decretos 1661 de 1991 y 2164 del mismo año; y que a pesar de que se hizo extensiva a los funcionarios y empleados de los departamentos y municipios, se encuentra que el artículo 13 del Decreto 2164, norma que hacía la extensión de la citada prima a los entes territoriales, fue anulada por esta Corporación en la sentencia del 19 de marzo de 1998, Consejero ponente Silvio Escudero Castro. Sobre el particular, es preciso señalar que en un asunto de similares contornos, esta corporación señaló que «la prima técnica fue concebida exclusivamente para los empleados públicos del orden nacional, teniendo en cuenta que las leyes de concesión de facultades extraordinarias que dieron lugar a la expedición de los decretos que abordaron el tema de la prima técnica eran puntuales en establecer las materias que debían ser reguladas por esta vía extraordinaria, las cuales se referían solo a aspectos relacionados con los empleados del orden nacional». En este orden de ideas, no es posible beneficiar a la demandante con el reconocimiento de la prima técnica por evaluación del desempeño, atendiendo su calidad de empleada territorial, ya que dicha prima solo fue concebida para los empleados de las entidades del orden nacional, y por tal razón, no puede expedirse un acto administrativo que desconozca tales postulados>>¹³.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A, sentencia del 1 de febrero de 2018, con ponencia del consejero Rafael Francisco Suárez Vargas, dentro del proceso 73001233300020130036701.

En este sentido, pese a que fue un factor reconocido y pagado por la entidad empleadora, si no existe sustento legal que lo permita, mal haría este juzgador en prolongar en el tiempo un reconocimiento de esta naturaleza y darle carácter salarial.

Tampoco se ordena la inclusión del factor denominado <<**recreación**>>, toda vez que este también fue reconocido y pago sin que constituya factor salarial y, además, no está enlistado en el Decreto 1045 de 1978.

Bajo este derrotero y en consideración a que las cesantías definitivas deben ser liquidadas con el régimen de retroactividad, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo acusado y, como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, se dispondrá que, la entidad demandada liquide la cesantía definitiva del demandante desde el 1 de junio de 1974 hasta el 3 de marzo de 2014, con el último salario devengado incluyendo sueldo básico, antigüedad, una doceava parte de las primas de navidad, de servicios y de vacaciones, bonificación por servicios, subsidio de alimentación y horas extras y pague el valor que resulte luego de restarle a la cantidad total, los retiros parciales y los aportes hechos al FNA¹⁴.

No hay lugar al pago de intereses sobre la cesantía ni a la sanción moratoria, conforme lo explicó el Consejo de Estado¹⁵:

<<(…) no tiene derecho al pago de intereses a las cesantías por parte del empleador, porque este beneficio es exclusivo del sistema anualizado; lo mismo aplica a los beneficiarios del Fondo Nacional del Ahorro, por cuanto a estos es precisamente el FNA quien por ley está obligado a reconocer intereses en favor de sus afiliados. En ese sentido, esta Corporación ha sostenido lo siguiente:

«[...] En el sistema retroactivo de las cesantías, como ya lo ha precisado la Sala, se liquida con base en el último sueldo devengado lo que evita la depreciación del referido auxilio monetario; mientras que en los demás regímenes se les aplica el sistema de liquidación definitiva anual con el manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados

¹⁴Consejo de Estado, Sección Segunda, ponencia del consejero William Hernández Gómez, dentro del proceso 44001233300020130008801sentencia del 24 de julio de 2017. <<Bajo este régimen, la liquidación del auxilio de cesantía se efectúa al finalizar el vínculo laboral. Ello por cuanto la liquidación se realiza con el último salario devengado por el trabajador, el cual se multiplica por los años laborados. Tratándose de cesantías parciales, el auxilio se liquida con el salario devengado al momento de la solicitud multiplicado por la cantidad de años laborados a la fecha y, al momento del retiro del servicio se realiza nuevamente la liquidación de la totalidad de años laborados, pero se descuentan las sumas canceladas por concepto de cesantías parciales>>.

¹⁵ Sección Segunda, ponencia del consejero William Hernández Gómez, dentro del proceso 44001233300020130008801sentencia del 24 de julio de 2017.

por la Ley 50 de 1990, lo que incluye el pago de intereses por parte del empleador. Para los servidores que se vinculen al Fondo Nacional de Ahorro rige la liquidación anual de cesantías y el pago de intereses por parte del Fondo. [...]»¹⁶

De acuerdo con lo anterior, los intereses a las cesantías buscan evitar la depreciación del auxilio monetario, lo cual no ocurre en el sistema retroactivo por cuanto al liquidarse el auxilio con el último salario devengado no se presenta el fenómeno depreciativo de la moneda.

De otro lado, la demandante tampoco tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria de que trata la Ley 50 de 1990, por cuanto dicha sanción sólo es aplicable a quienes se encuentran afiliados a fondos de cesantías privados, es decir, se excluyen a los servidores públicos cuyo régimen de cesantías es el retroactivo o el de los afiliados al FNA. Así lo sostuvo la Subsección en providencia del 26 de enero de 2012¹⁷:

«[...] Así las cosas, teniendo en cuenta que la indemnización reclamada por el accionante es propia del régimen anualizado y no del régimen con retroactividad, y que este último fue el régimen que la entidad le reconoció y el actor no cuestionó su legalidad, se concluye que este solo hecho impide el estudio del reconocimiento de la indemnización por mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues, se precisa, no es viable reconocer lo más beneficioso de uno u otro régimen, la aplicación de cada régimen vigente de cesantías es inescindible. [...]»

Lo mismo ocurre con los rendimientos financieros exigidos por la demandante, en tanto que el reconocimiento de estos corresponde a los fondos privados de cesantías por lo que, se reitera, no es aplicable a la demandante toda vez que ella es beneficiaria del régimen de retroactividad, es decir, dicho beneficio es excluyente y aplica únicamente para los beneficiarios del sistema de liquidación de cesantías anualizadas regulado en la Ley 344 de 1996.

De acuerdo con lo anterior y en virtud del principio de inescindibilidad de la ley, no es procedente la aplicación de las normas más favorables, propias de los sistemas de liquidación anualizada de cesantías, ya sea al de administración de los fondos privados o al del Fondo Nacional del Ahorro, cuando el régimen aplicable es el de cesantías retroactivas>>.

Ahora bien, pese a que la entidad demandada no alegó **prescripción**, el Despacho debe precisar que, dicho fenómeno en el presente asunto no opera, en consideración a lo señalado por el Consejo de Estado, en donde explica que <<Las cesantías constituyen un “ahorro” del trabajador, a ser reclamado al terminar su relación laboral, con el objeto de cubrir la contingencia de quedar cesante. Al tener esa naturaleza de ahorro,

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 18 de agosto de 2011. Radicación 08001233100019980237101 (2615-08)

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación 08001233100020050214001 (1710-11)

producto de un emolumento -prestación- causado a su favor durante ese vínculo, no se puede predicar la prescripción respecto de las sumas que la componen, así ocurría respecto de las cesantías bajo la modalidad de liquidación con retroactividad y así ha de predicarse respecto de las mismas, bajo el régimen de liquidación anualizado>>.

2.5. Condena en costas

Finalmente, conforme con el artículo 188 del CPACA, que ordena pronunciarse en la sentencia sobre ellas, así lo hará este juez. Y por el artículo 365 del CGP la condena en costas, que anteriormente era en atención al comportamiento reprochable de la parte, hoy es únicamente por haber sido vencida en una actuación procesal, si se acreditan en el proceso.

Para estos fines, de acreditación, el Despacho teniendo en cuenta que se acudió a abogado, por exigencia legal para actuar en el proceso, con la presunción de que el trabajo humano en favor de otra persona es remunerado y que de conformidad con la Ley 1123 de 2007¹⁸ los abogados tienen el deber de tasar honorarios por los servicios prestados, son razones suficientes para considerar demostradas y acceder a ellas, por lo que fijará las agencias en derecho para esta instancia que se tendrán en cuenta para la liquidación de aquellas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, D.C., administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del oficio 2016548377 del 8 de agosto de 2016, conforme con las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: ORDENAR al **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA** que liquide las cesantías definitivas del señor Gerardo Forero Prieto, identificado con c.c. 429.985, desde el 1 de junio de 1974 hasta el 3 de marzo de 2014, con el último salario devengado incluyendo sueldo básico, antigüedad, una doceava parte de las primas de navidad, de servicios y de vacaciones, bonificación por servicios, subsidio de alimentación y horas extras, siguiendo los lineamientos de la parte motiva.

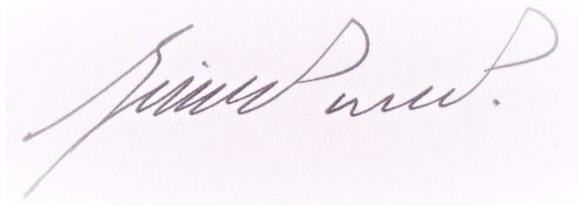
¹⁸ <<Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado>>.

TERCERO: el **DEPARTAMETNO DE CUNDINAMARCA** deberá **PAGAR** al señor Gerardo Forero Prieto, identificado con c.c. 429.985, el valor que resulte luego de reliquidar la prestación conforme se dispuso en el numeral anterior y restar a la cantidad total, los retiros parciales y los aportes hechos al FNA, en los términos del CPACA y conforme las consideraciones expuestas.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, en favor de la demandante, fijando como agencias en derecho de esta instancia la cantidad de \$200.000,00.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia **ARCHIVAR**¹⁹ el expediente dejando las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



GUILLERMO POVEDA PERDOMO
Juez

AM

¹⁹ De conformidad con las Circulares DEAJC19-65 del 15 de agosto de 2019 y DEAJC19-43 del 11 de junio de 2019, proferidas por el Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, para la devolución de los remanentes, cuando hubiere, se debe observar el siguiente trámite:

<<En el evento en que algún beneficiario solicite la devolución de sus remanentes, el despacho judicial procederá a realizar la liquidación de ese proceso puntual y ordenará mediante providencia judicial a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – División de Fondos Especiales y Cobro Coactivo, devolver las sumas de dinero, siguiendo los lineamientos establecidos para el efecto en la Resolución 4179 de 2019 expedida por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial o en las normas internas que modifiquen o sustituyan el precitado acto administrativo>>.