

ACCION DE LESIVIDAD – Partes intervinientes / PARTE DEMANDA EN ACCION DE LESIVIDAD – No es la misma parte demandante sino las personas que eventualmente se pueden ver afectadas

Lo primero es dejar en claro que en los procesos sometidos a conocimiento de la jurisdicción no puede existir confusión de partes, como al parecer lo ha entendido el *a quo*, cuando sostiene que la entidad demandante y la entidad demandada son la misma: LOTERÍA DE BOYACÁ. Se precisa, entonces, que en esta acción la parte demandante es la persona jurídica LOTERÍA DE BOYACÁ, pues es quien acude ante el la Rama Judicial en reclamación de un derecho que considera merece ser protegido, esto es, la legalidad de sus actuaciones. Ahora bien, la parte demandada, en tratándose de una acción de lesividad, no puede ser la misma entidad accionante, sino las personas que eventualmente pudieren verse afectadas con la decisión a adoptar, por lo que, si se trata de una acción por acto administrativo expedido en interés particular, el demandado será la persona o personas a quienes este cobija; empero, si se trata de un acto administrativo expedido en interés general, los llamados a soportar la acción no son otros que la misma comunidad, dados los efectos *erga omnes* del fallo que resolverá las pretensiones de la demanda, teniéndose, por tanto, que la demanda se dirige contra *personas indeterminadas*.

REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS – Fijación, competencia / SERVIDORES PUBLICOS – Vacaciones / PRESTACIONES SOCIALES – Servidor publico

De acuerdo con lo previsto por el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, corresponde de manera privativa al Congreso de la República "...Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos..."; así mismo, el artículo 8 del Decreto 3135 de 1968, concordante con el artículo 43 del Decreto 1848 de 1969, consagra que las vacaciones para tales servidores públicos corresponde a 15 días hábiles por cada año de servicio, salvo que se trate de actividades especialmente insalubres o peligrosas; de otro lado, el artículo 5º del Decreto 1045 de 1978, consagró de manera expresa, cuáles serían las prestaciones sociales que deberían cancelarse a los servidores públicos; por su parte, las Ley 995 de 2005 ordenó que a los servidores públicos que cesen en funciones sin haber causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a su compensación en dinero en forma proporcional al tiempo trabajado, siendo adicionado por el Decreto 404 de 2006 para incluir el reconocimiento de la bonificación por recreación; a su vez, el Decreto 1042 de 1978 definió y cuantificó lo concerniente a la prima de servicios, como una prestación equivalente a quince días de salario por cada año de servicios, pagadera en la primera quince de junio; el artículo 10 de la Ley 4 de 1992 dispuso que "...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"; y por último, el artículo 1 del Decreto 1919 de 2002 ordenó que la totalidad de empleados públicos vinculados o que se vinculen a futuro a cualquier entidad u organismo oficial en cualquiera de sus niveles central, seccional o local, "...gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional".

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 NUMERAL 19 LITERAL e) / DECRETO 3135 DE 1968 – ARTICULO 8 / DECRETO 1045 DE 1978 – ARTICULO 5 / LEY 995 DE 2005 / DECRETO 404 DE 2006 / DECRETO 1042 DE 1978 / LEY 4 DE 1992 / DECRETO 1919 DE 2002

JUNTA DIRECTIVA DE LA LOTERIA DE BOYACA – No puede crear ni modificar los elementos y factores que conforman el régimen prestacional de sus empleados / JUNTA DIRECTIVA DE LA LOTERIA DE BOYACA – No se puede abrogar funciones del legislador ni usurpar funciones del ejecutivo

Con vista en la síntesis del marco normativo que regula las prestaciones salariales y prestacionales de los servidores públicos del orden territorial, se muestra evidente que el acto acusado, Acuerdo No. 004 del 10 de febrero de 1997, expedido por la Junta Directiva de la LOTERÍA DE BOYACÁ, es abiertamente violatorio de las disposiciones legales que regulan la materia, ya que, con grado de certeza, está creando y modificando algunos de los elementos y factores que conforman el régimen prestacional de sus empleados, vr. Gr. La prescripción contenida en el primer inciso del artículo segundo que consigna: “RECONOCIMIENTO DE VACACIONES NO DISFRUTADAS, EN CASO DE RETIRO. Cuando una persona cese en sus funciones faltándole treinta (30) días o menos para cumplir un año de servicio, tendrá derecho a que se le reconozca y compensen en dinero las correspondientes vacaciones, como si hubiera trabajado un año completo” (subraya fuyera de texto); o el numeral 1 del artículo 3º: “PRIMA DE SERVICIOS: Equivalente a sesenta (60) días de salario por cada año de servicio. Se pagará el equivalente a treinta (30) días de salario en junio y treinta (30) en diciembre de cada año” (subraya la Sala). Estas y otras prescripciones consignadas en el acto acusado resultan contrarias al ordenamiento jurídico ya que por ellas la Junta Directiva de la entidad accionada se abroga funciones propias del legislador; sumado a ello, usurpa funciones reglamentarias que tan sólo se encuentran en cabeza del ejecutivo, acorde con lo previsto por el numeral 11 del artículo 189 Superior. Por todo lo anterior, sumado al hecho de que el Acuerdo No. 004 acusado carece por completo de sustento normativo que lo respalde, pues la única consideración que la soporta expone “...que no existe criterio unificado en torno a la forma de liquidar las vacaciones y las primas a que tienen derecho los funcionarios de la Lotería de Boyacá. Que internamente no se ha expedido reglamentación al respecto”, fuerza concluir que las pretensiones del demandante tienen vocación de triunfo por lo evidente del quebranto que se ha infligido a nuestro marco jurídico.

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 004 (14 de junio) DE 2013 – LOTERIA DE BOYACA (ANULADO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C, diecisiete (17) de febrero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 15001-23-33-000-2012-00018-01(3325-13)

Actor: LOTERÍA DE BOYACÁ

Demandado: PERSONAS INDETERMINADAS - Coadyuvante parte

demandada: JOSÉ HILDEBRANDO ROJAS JIMÉNEZ

Apelación Sentencia – Autoridades Seccionales

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del interviniente JOSÉ HILDEBRANDO ROJAS JIMÉNEZ, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en el curso de la audiencia celebrada el diecisiete (17) de junio de dos mil trece (2013), por la cual accedió a las súplicas de la demanda que en ejercicio de la acción de lesividad instauró la entidad pública LOTERÍA DE BOYACÁ, en procura de obtener la nulidad del Acuerdo No. 004 del 10 de febrero de 1997.

2. PRETENSIONES

Por intermedio de apoderado judicial, la persona jurídica de derecho público LOTERÍA DE BOYACÁ solicitó a la jurisdicción la declaratoria judicial de nulidad del acto administrativo contenido en el Acuerdo No. 004 del 10 de febrero de 1997, expedido por la Junta Directiva de dicha entidad, *“por medio del cual se reglamenta la liquidación y pago de vacaciones y primas a los funcionarios de la Lotería de Boyacá”*.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Afirma la entidad demandante que el acto administrativo acusado transgrede el ordenamiento jurídico al reconocer beneficios laborales extralegales a los empleados que se vinculen a la Lotería de Boyacá, constituyéndose en una violación a lo establecido por el Decreto 1919 de 2002 que dispuso el mismo trato prestacional para todo el personal vinculado a las entidades territoriales, en las mismas condiciones que los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del nivel central.

Explicó que en el acto acusado se da un trato privilegiado, con incremento

prestacional frente al autorizado por el gobierno nacional, en lo concerniente a los factores tales como Vacaciones, Prima de Vacaciones y Prima de Navidad; además, contempla factores inexistentes en el ordenamiento jurídico vigente, tales como una “Prima de Servicios” y “Bonificación”, usurpando las facultades del Legislador.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas vulneradas cita el artículo 150 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992, los artículos 1 y 5 del Decreto 1919 de 2002, los artículos 8 y 11 del Decreto 3135 de 1968, los artículos 43 y 51 del Decreto 1848 de 1969, el artículo 5 del Decreto 1045 de 1978, la Ley 995 de 2005, el Decreto 404 de 2006.

5.- CONTESTACION DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante providencia calendada 9 de agosto de 2012¹, se dispuso su notificación al representante legal de LOTERÍA DE BOYACÁ, así como al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en la forma prevista por el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011. Así mismo, por mandato del artículo 171-5 *ibídem*, se ordenó la divulgación pública de la acción para convocar a la comunidad que pudiere tener interés en los resultados del proceso, por tratarse de la nulidad de un acto administrativo de carácter general.

En el término de traslado concurrió como tercero interviniente el ciudadano JOSÉ HILDEBRANDO ROJAS JIMÉNEZ, en su condición de servidor público y empleado actual de la Lotería de Boyacá, para oponerse a las súplicas de la demanda², afirmando que el acto acusado no vulnera el ordenamiento jurídico, ya que, en su sentir, no crea ni establece prestaciones sociales, sino que dispone normas de liquidación de las mismas, las cuales sí corresponden a las que han sido creadas por los Decretos 3135 de 1968 y 1045 de 1978.

No formuló excepciones ni solicitó la práctica de pruebas, en atención a que el tema debatido era de puro derecho.

¹ Folios 54 y 55 del expediente.

² Escrito de contestación que obra a folios 73 a 75.

Mediante providencia calendada 9 de mayo de 2013³, el *a quo* se pronunció de manera adversa frente a la petición de suspensión provisional del acto acusado, sustentando su decisión en el hecho de no hallarse estructurados los supuestos exigidos por los artículos 229 y 231 del C.P.A.C.A. para la procedencia de la medida cautelar.

II. LA SENTENCIA APELADA

Agotadas las fases procesales previstas en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, así como la de alegaciones⁴, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en el curso de la audiencia inicial celebrada el día diecisiete (17) de junio de dos mil trece (2013), accedió a las súplicas de la demanda y declaró, en consecuencia, la nulidad de del Acuerdo No. 004 del 10 de febrero de 1997, al hallar demostrado que, en efecto, contrariaba el ordenamiento jurídico al exceder su facultad reglamentaria, usurpando la esfera constitucional del legislador en la medida en que crea y privilegia sin sustento legal el régimen prestacional de los empleados vinculados a la Lotería de Boyacá.

Concluyó el *a quo* que *“...De conformidad con lo expuesto se concluye que el Acuerdo No. 004 de 1997 de 19 de febrero de 1997, es violatorio de la Constitución y la ley, toda vez que este Acuerdo crea prestaciones sociales y no respeta los lineamientos del orden nacional, por cuanto la Junta Directiva de la Lotería de Boyacá no puede fijar ni determinar las asignaciones salariales, bonificaciones y mucho menos primas que no estén convalidadas para los empleados de los entes territoriales por parte del Gobierno Nacional...”*, por lo que declaró la nulidad total del acto administrativo acusado, sin imponer condena en costas⁵.

III. RECURSO DE APELACIÓN

³ Visible a folios 90 a 99.

⁴ En la misma audiencia fue resuelta de manera adversa una petición de nulidad procesal alegada por la apoderada del tercero interviniente JOSÉ HILDEBRANDO ROJAS JIMÉNEZ, por presunta falta de notificación del auto admisorio y por deficiente vinculación de las personas llamadas a integrar el contradictorio. Actuación que se aprecia en audio y video remitido en medio magnético (CD) que reposa al folio 118.

⁵ Llama la atención esta Sala por la indebida inclusión en el cuerpo del acta levantada como constancia de la diligencia, de expresiones y consideraciones sobre derechos adquiridos en favor de los empleados de la Lotería de Boyacá y devolución de dineros pagados, ya que escuchada la última grabación, en la cual se profirió la decisión de mérito, no se aprecia manifestación oral del ponente en tal sentido, por lo que deberá compelerse al encargado de su elaboración por falta al deber consagrado por el literal d) del artículo 183 de la Ley 1437 de 2011.

Pronunciada la decisión por el Tribunal de conocimiento, la apoderada judicial del coadyuvante JOSÉ HILDEBRANDO ROJAS JIMÉNEZ se alzó en apelación para reclamar la revocatoria del fallo, presentando los mismos argumentos del escrito de contestación, esto es, que el Acuerdo No 004 de 1997 no estaba creando ni modificando las prestaciones laborales de los empleados de las LOTERÍA DE BOYACÁ, sino que se limitaba a fijar parámetros para su respectiva liquidación sin vulnerar los parámetros legales. Sus planteamientos fueron reiterados en escrito que allegó con posterioridad a la precitada diligencia, mediante escrito que obra a folios 119 y 120.

IV. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de 11 de diciembre de 2013 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del tercero coadyuvante JOSÉ HILDEBRANDO ROJAS JIMÉNEZ (fl.128) y por auto del 25 de junio de 2014 se dispuso el traslado a las partes para alegar, el cual venció en silencio.

El Ministerio Público, a través de la Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, intervino para presentar su concepto, manifestando total concordancia con la decisión apelada, al encontrar que el acto administrativo enjuiciado fue utilizado por la entidad accionada para crear y establecer prestaciones laborales a sus empleados⁶.

Para resolver, se

V. CONSIDERA

1.- Cuestiones Previas.

Considera la Sala necesario hacer algunas precisiones de tipo procesal, en aras de despejar ciertas dudas respecto de la actuación surtida dentro del presente asunto.

Lo primero es dejar en claro que en los procesos sometidos a conocimiento de la jurisdicción no puede existir confusión de partes, como al parecer lo ha entendido el *a quo*, cuando sostiene que la entidad demandante y la entidad demandada son la misma: LOTERÍA DE BOYACÁ. Se precisa, entonces, que en esta acción la

⁶ Concepto del Ministerio Público que obra a folios 155 a 160 del expediente.

parte demandante es la persona jurídica LOTERÍA DE BOYACÁ, pues es quien acude ante el la Rama Judicial en reclamación de un derecho que considera merece ser protegido, esto es, la legalidad de sus actuaciones.

Ahora bien, la parte demandada, en tratándose de una acción de lesividad, no puede ser la misma entidad accionante, sino las personas que eventualmente pudieren verse afectadas con la decisión a adoptar, por lo que, si se trata de una acción por acto administrativo expedido en interés particular, el demandado será la persona o personas a quienes este cobija; empero, si se trata de un acto administrativo expedido en interés general, los llamados a soportar la acción no son otros que la misma comunidad, dados los efectos *erga omnes* del fallo que resolverá las pretensiones de la demanda, teniéndose, por tanto, que la demanda se dirige contra *personas indeterminadas*.

Ahora bien, respecto de la intervención que hace dentro del presente proceso el ciudadano JOSÉ HILDEBRANDO ROJAS JIMÉNEZ, quien dice actuar en calidad de empleado de la LOTERÍA DE BOYACÁ, resulta claro que su actuación obedece a una eventual afectación de sus intereses particulares, por lo que debe ser considerado como coadyuvante de la parte demandada, acorde con lo dispuesto por el artículo 71 del Código General del Proceso.

Por último, es totalmente infundado vicio al que hizo alusión la apoderada del coadyuvante en el curso de la audiencia inicial (*resuelto de manera adversa por el a quo*), respecto de la eventual irregularidad por falta de notificación a la entidad demandada y deficiencia en la integración del contradictorio, ya que es claro que la parte demandada no es LOTERÍA DE BOYACÁ sino las *personas indeterminadas* y que al proceso fueron citados de manera pública todos los interesados en las resultas del proceso, utilizando sendos canales publicitarios, el primero la emisora “*Armonías Boyacenses*” que radiodifundió la información sobre la iniciación del proceso y, el segundo, la fijación de un edicto por parte del Asesor Jurídico de la entidad accionante dentro de sus instalaciones para informar a todo el personal que allí labora sobre la presente actuación judicial⁷, en estricto cumplimiento de lo previsto en el numeral 5º del artículo 171 de la Ley 1437 de 2011.

En síntesis de las observaciones previas, la presente acción por lesividad tiene por

⁷ Constancias que obran a folios 69 y 70 del expediente.

demandante a la LOTERÍA DE BOYACÁ y como sujetos demandados, llamados a soportar la acción, a *personas indeterminadas*; La notificación del auto admisorio de la demanda se produjo en debida forma mediante la publicación que se hizo por medios masivos a quienes pudieren tener interés en las resultas del proceso, razón por la cual se produjo la comparecencia del interviniente JOSÉ HILDEBRANDO ROJAS JIMÉNEZ, quien, para todos los efectos procesales, es considerado coadyuvante de la parte demandada, dada su calidad de empleado de la entidad accionante.

2.- Problema jurídico

Se contrae a establecer si el Acuerdo No. 004 del 10 de febrero de 1997, expedido por la Junta Directiva de la Lotería de Boyacá, contradice el ordenamiento jurídico por “reglamentar” la liquidación y pago de las vacaciones y primas de los funcionarios de dicha entidad territorial.

3.- Marco Jurídico del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos:

De acuerdo con lo previsto por el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, corresponde de manera privativa al Congreso de la República “...*Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos...*”; así mismo, el artículo 8 del Decreto 3135 de 1968, concordante con el artículo 43 del Decreto 1848 de 1969, consagra que las vacaciones para tales servidores públicos corresponde a 15 días hábiles por cada año de servicio, salvo que se trate de actividades especialmente insalubres o peligrosas; de otro lado, el artículo 5º del Decreto 1045 de 1978, consagró de manera expresa, cuáles serían las prestaciones sociales que deberían cancelarse a los servidores públicos⁸; por su parte, las Ley 995 de 2005 ordenó que a los servidores públicos que cesen en funciones sin haber causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a su compensación en dinero en forma proporcional al tiempo trabajado, siendo adicionado por el Decreto 404 de 2006 para incluir el reconocimiento de la bonificación por recreación; a su vez, el Decreto 1042 de 1978 definió y cuantificó lo concerniente a la prima de servicios, como una prestación equivalente a quince días de salario por cada año de servicios, pagadera en la primera quince de junio;

⁸ Asistencia médica, obstétrica, farmacéutica y hospitalaria; servicio odontológico; vacaciones; prima de vacaciones; prima de navidad; auxilio por enfermedad; indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional; auxilio de maternidad; auxilio de cesantía; pensión vitalicia de jubilación; pensión de retiro por vejez; auxilio funerario; seguro por muerte.

el artículo 10 de la Ley 4 de 1992 dispuso que “...*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*”; y por último, el artículo 1 del Decreto 1919 de 2002 ordenó que la totalidad de empleados públicos vinculados o que se vinculen a futuro a cualquier entidad u organismo oficial en cualquiera de sus niveles central, seccional o local, “...*gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional*”.

Con vista en la síntesis del marco normativo que regula las prestaciones salariales y prestacionales de los servidores públicos del orden territorial, se muestra evidente que el acto acusado, Acuerdo No. 004 del 10 de febrero de 1997, expedido por la Junta Directiva de la LOTERÍA DE BOYACÁ, es abiertamente violatorio de las disposiciones legales que regulan la materia, ya que, con grado de certeza, está creando y modificando algunos de los elementos y factores que conforman el régimen prestacional de sus empleados, vr. Gr. La prescripción contenida en el primer inciso del artículo segundo que consigna: “*RECONOCIMIENTO DE VACACIONES NO DISFRUTADAS, EN CASO DE RETIRO. Cuando una persona cese en sus funciones faltándole treinta (30) días o menos para cumplir un año de servicio, tendrá derecho a que se le reconozca y compensen en dinero las correspondientes vacaciones, como si hubiera trabajado un año completo*” (subraya fuyera de texto); o el numeral 1 del artículo 3º: “*PRIMA DE SERVICIOS: Equivalente a sesenta (60) días de salario por cada año de servicio. Se pagará el equivalente a treinta (30) días de salario en junio y treinta (30) en diciembre de cada año*” (subraya la Sala).

Estas y otras prescripciones consignadas en el acto acusado resultan contrarias al ordenamiento jurídico ya que por ellas la Junta Directiva de la entidad accionada se abroga funciones propias del legislador; sumado a ello, usurpa funciones reglamentarias que tan sólo se encuentran en cabeza del ejecutivo, acorde con lo previsto por el numeral 11 del artículo 189 Superior.

Por todo lo anterior, sumado al hecho de que el Acuerdo No. 004 acusado carece por completo de sustento normativo que lo respalde, pues la única consideración que la soporta expone “...*que no existe criterio unificado en torno a la forma de liquidar las vacaciones y las primas a que tienen derecho los funcionarios de la*

Lotería de Boyacá. Que internamente no se ha expedido reglamentación al respecto”, fuerza concluir que las pretensiones del demandante tienen vocación de triunfo por lo evidente del quebranto que se ha infligido a nuestro marco jurídico.

Encuentra innecesario esta Sala profundizar más sobre el tema objeto de análisis, dada la claridad de los argumentos demostrados y la ausencia de una verdadera sustentación del recurso de apelación planteado por la apoderada del coadyuvante de la parte demandada que, sin aportar elementos de juicio se limitó a expresar sin bases ajustadas a la realidad, que el acto administrativo enjuiciado tan solo fue expedido para “fijar criterios” de liquidación de las prestaciones sociales de los empleados de la Lotería de Boyacá.

Por lo anterior, la sentencia objeto de apelación habrá de ser confirmada.

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

FALLA:

1.- CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en la audiencia celebrada el diecisiete (17) de junio de dos mil trece (2013), por la cual accedió a las súplicas de nulidad del Acuerdo No. 004 del 10 de febrero de 1997, expedido por la Junta Directiva de la LOTERÍA DE BOYACÁ, por lo explicado en precedencia.

2.- Devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO