



Cartagena de Indias D. T. y C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-001-2017-00074-01
Demandante	Yolanda Castro Ortega
Demandado	Departamento de Bolívar – Secretaría de Salud Departamental
Tema	Régimen de cesantías retroactivas empleados sector salud del orden territorial
Magistrado ponente	Jean Paul Vásquez Gómez

II.- PRONUNCIAMIENTO

1. La Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Bolívar¹ resuelve la apelación presentada por la parte demandante, en contra de la Sentencia de 18 de septiembre de 2020, por medio de la cual el Juzgado Primero Administrativo de Cartagena **negó las pretensiones de la demanda.**

III.- ANTECEDENTES

Contenido: 3.1. Posición de la parte demandante; 3.2. Posición de la parte demandada; 3.3. Sentencia de primera instancia; y, 3.4. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

3.1. Posición de la parte demandante

2. El 6 de abril de 2017², la señora Yolanda Castrato Ortega, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del departamento de Bolívar – Secretaría de salud departamental, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de sus cesantías de acuerdo al régimen retroactivo.

3. En la demanda se formularon las siguientes **pretensiones**³:

“PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto ficto presunto negativo constituido, por no dar respuesta a la petición impetrada el día 1 de julio de 2015, mediante el cual se niega el reconocimiento, liquidación y pago de la cesantía retroactiva definitiva causada por la retroactividad de las mismas, debidamente indexada y con aplicación de los factores salariales establecidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

SEGUNDO: Que como consecuencia de lo anterior a título de restablecimiento del derecho se ordene al Gobernador del Departamento de Bolívar la expedición del acto administrativo que reconozca, liquide y ordene el pago de las cesantías retroactivas definitivas de la señora YOLANDA CASTRO ORTEGA, a las que tiene derecho por haber ingresado en el sector salud subsector oficial con anterioridad al 23 de diciembre de 1993.

TERCERO: Las anteriores condenas deben ser actualizadas conforme a lo establece el artículo 187 del CPACA.

CUARTO: Para el cumplimiento de la sentencia, se ordenará dar aplicación a los artículos 192 de 195 del CPACA.

QUINTO: Condenar en costas a la parte demandada”.

4. La parte accionante narró, en síntesis, los siguientes **hechos relevantes**⁴:

5. **(1)** Se vinculó al Servicio seccional de Salud (hoy, Secretaría departamental de salud) el 1 de julio de 1978, prestando sus servicios en el Hospital San Juan de Dios de Magangué, siendo transferida a la ESE Hospital Local San Nicolás de Tolentino de Pinillos, a partir del 2 de noviembre de 1999.

¹ Esta decisión se toma mediante Sala virtual en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521, expedido el 19 de marzo de 2020 por el Consejo Superior de la Judicatura.

² Folio 1. Archivo “01ExpedientePrimerInstancia”.

³ Folio 1. Archivo “01ExpedientePrimerInstancia”.

⁴ Folios 1 – 4. Archivo “01ExpedientePrimerInstancia”.



Medio de control
Radicado
Accionado
Accionado
Decisión
Página

Nullidad y restablecimiento del derecho
13-001-33-33-001-2017-00074-01
Yolanda Castro Ortega
Departamento de Bolívar – Secretaría de Salud Departamental
Confirma sentencia de prima instancia
Página 2 de 9

6. (2) Pese haberse vinculada con anterioridad al 23 de diciembre de 1993, sus cesantías se liquidaron con base en el sistema anualizado y consignadas al Fondo Nacional del Ahorro (en adelante, FNA), desconociendo que era beneficiaria del régimen retroactivo.

7. (3) El 1 de julio de 2015 solicitó ante el Departamento de Bolívar el reconocimiento, pago y liquidación de las cesantías retroactivas y no obtuvo respuesta, configurándose un acto ficto negativo.

8. (4) Finalmente, afirmó que a todos los compañeros que ingresaron en iguales condiciones, le fue reconocido dicho derecho al tiempo que a ésta se le ha venido desconociendo, por lo que alegó la vulneración a su derecho de igualdad.

3.2. Posición de la parte demandada

9. En su contestación, el departamento de Bolívar⁵ solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda, **argumentando: (1)** a la demandante no le asiste el derecho reclamado; y **(2)** la demandante optó por el sistema de liquidación y manejo de cesantías contemplado en el artículo 5 de la Ley 432 de 1998 y el Decreto 3118 de 1968, es decir, el régimen anualizado.

3.3. Sentencia de primera instancia

10. Mediante Sentencia de 18 de septiembre de 2020⁶, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, **negó las pretensiones de la demanda**, con fundamento en las siguientes **razones: (1)** las cesantías e intereses de cesantías de la demandante fueron reconocidas, liquidadas y consignadas anualmente al FNA; **(2)** la señora Yolanda Castro Ortega se acogió tácitamente al régimen anualizado de cesantías, teniendo en cuenta que ésta efectuó varios retiros parciales durante su vinculación laboral; finalmente, **(3)** precisó que no se vulneró el derecho a la igualdad alegado por la parte actora, comoquiera que no se demostró que la situación fáctica y jurídica de dichos empleados fuese igual a la del presente caso.

3.4. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

11. La parte demandante **apeló**⁷ la sentencia de primera instancia, **argumentando** lo siguiente: **(1)** los retiros parciales de cesantías fueron realizados en 2010, es decir, 12 años después de haber sido transferida del Departamento de Bolívar al Municipio de Pinillos; **(2)** no existe ninguna norma que indique la pérdida del derecho a la retroactividad de las cesantías por causa de retiros parciales; además, **(3)** el Departamento de Bolívar, no liquidó el mayor valor generado por concepto de cesantías de retroactivas, como tampoco fue incluida en la lista de beneficiarios del pasivo prestacional del sector salud.

12. Por Auto de 6 de agosto de 2021⁸, esta Corporación **admitió la apelación** interpuesta por la parte demandante y en providencia de 19 de agosto de 2021⁹, se corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión**, así como al Ministerio Público para rendir concepto de fondo; oportunidad procesal en la que sólo la parte demandada¹⁰ presentó alegatos de conclusión y el Agente del Ministerio Público guardó silencio¹¹.

⁵ Folios 82 – 87. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".

⁶ Folios 270 – 292. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".

⁷ Folios 285 – 291. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".

⁸ Archivo digital "04AutoAdmiteRecurso".

⁹ Archivo digital "08AutoPrescindeyCorreTraslado".

¹⁰ Archivo "10AlegatosConclusionDptoBolivar".

¹¹ Archivo "11InformeSecretarial".



Medio de control
Radicado
Accionado
Accionado
Decisión
Página

Nullidad y restablecimiento del derecho
13-001-33-33-001-2017-00074-01
Yolanda Castro Ortega
Departamento de Bolívar – Secretaría de Salud Departamental
Confirma sentencia de prima instancia
Página 3 de 9

IV.– CONTROL DE LEGALIDAD

13. Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la impugnación presentada.

V.– CONSIDERACIONES

Contenido: 5.1 Competencia; 5.2. Síntesis de la controversia y problema jurídico de instancia; 5.3. Tesis de la Sala; 5.4. Metodología y estructura de la decisión; 5.5. Marco normativo y jurisprudencial aplicables; 5.6. Caso concreto: análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo; y 5.7. De la condena en costas.

5.1. Competencia

14. Esta Corporación es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto en este proceso de doble instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA, el cual dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las Sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

5.2. Problema jurídico de instancia

15. De conformidad con lo previsto en el primer inciso del artículo 328 del Código General del Proceso, esta Sala deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por la parte apelante, razón por la cual, el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar: si la señora Yolanda Castro Ortega, le asiste el derecho al pago de las cesantías de acuerdo al régimen retroactivo; o si por el contrario, existe una aceptación tácita de afiliación al FNA, de la cual pueda inferirse que la demandante debe acogerse a lo establecido en el régimen de liquidación anual con sus respectivos intereses.

16. Finalmente, habrán de analizarse los principios de irrenunciabilidad y de interpretación más favorable de la situación de la demandante.

5.3. Tesis de la Sala

17. La Sala confirmará la decisión de primera instancia y sostendrá la tesis de que: si bien en el expediente no reposa prueba escrita por medio la cual la demandante optó por afiliarse al FNA, el hecho de que ésta efectuara sendos retiros parciales de cesantías, fuerza a la Sala a concluir que la misma conocía de su vinculación al aludido fondo acogiendo por tanto a las reglas y disposiciones que lo regulan.

5.4. Metodología y estructura de la decisión

18. Para resolver el problema jurídico planteado y la fundamentación de la tesis antes citada, la Sala analizará las normas y jurisprudencia aplicables (5.5.) y, posteriormente, a partir de pruebas aportadas al proceso, examinará el caso concreto (5.6.).



Medio de control
Radicado
Accionante
Accionado
Decisión
Página

Nulidad y restablecimiento del derecho
13-001-33-33-001-2017-00074-01
Yolanda Castro Ortega
Departamento de Bolívar – Secretaría de Salud Departamental
Confirma sentencia de prima instancia
Página 4 de 9

5.5. Marco normativo y jurisprudencial aplicables

5.5.1. Análisis del régimen retroactivo de cesantías

19. El auxilio de cesantías se rige por lo consagrado en el literal a) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 y los artículos 1 del Decreto 2767 de 1945, 1 de la Ley 65 de 1946 y 1, 2, 5 y 6 del Decreto 1160 de 1947, los cuales previeron dicha prestación a favor de los servidores del sector público en los órdenes nacional, seccional y territorial, en razón a un mes de sueldo por cada año de trabajo continuo o discontinuo y proporcional por las fracciones de año.

20. Para efectos de su liquidación, se dispuso como, tener en cuenta el último salario fijo devengando por el empleado así como todo aquello que haya percibido a cualquier otro título y que implicara directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, de este modo el régimen tenía carácter retroactivo y el pago efectuado siempre era actualizado, pero no en proporción a lo realmente devengado por el servidor por cada año de servicios, lo que causó un desequilibrio en el sistema.

21. Con el propósito de iniciar el proceso de desmonte de la llamada retroactividad de las cesantías, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3118 de 1968¹², suprimiendo dicho régimen para remplazarlo por el de liquidación anualizada, administrado por el FNA, pero únicamente en relación con los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional, es decir, que los servidores del nivel territorial que venían gozando de la retroactividad no vieron afectado su derecho.

22. A partir de la entrada en vigencia de la Ley 10 de 1990 se estableció una regla especial para los empleados territoriales que pertenecieran al área de la salud; toda vez que, el artículo 30 de dicha norma los homologó en el régimen laboral aplicable a los empleados del orden nacional, lo que conllevó a la aplicación, respecto de aquellos, del sistema de cesantías anuales, es decir, sin retroactividad, en los siguientes términos:

«ARTICULO 30. 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» (subrayado fuera del texto).

23. Bajo la misma línea, la Ley 100 de 1993¹³, prohibió de manera expresa para los servidores del sector salud, acordar retroactividad en el régimen de cesantías, así señaló:

«Artículo 242 (...) A partir de la vigencia de la presente Ley no podrá reconocerse ni pactarse para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantías a ellos aplicable [...]»

24. Posteriormente, el artículo 3 del Decreto 1582 de 1998 previó que los servidores públicos beneficiarios del régimen retroactivo de cesantías que hayan ingresado a un ente territorial antes de la expedición de la Ley 334 de 1996, podían trasladarse al anualizado previa solicitud, liquidación total de la prestación y entrega del emolumento a la administradora que eligieran.

¹²Por el cual se crea el Fondo Nacional del Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones*

¹³ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones



Medio de control
Radicado
Accionante
Accionado
Decisión
Página

Nulidad y restablecimiento del derecho
13-001-33-33-001-2017-00074-01
Yolanda Castro Ortega
Departamento de Bolívar – Secretaría de Salud Departamental
Confirma sentencia de prima instancia
Página 5 de 9

25. En síntesis, la aplicación del régimen retroactivo de cesantías aplica para quienes se vincularon a la administración pública hasta el 30 de diciembre de 1996, pero en el caso del régimen anualizado, creado por la Ley 50 de 1990, en principio para el sector privado, aplica para los servidores públicos vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, es decir, a partir del 31 de diciembre de 1996, incluidos los del nivel territorial. Lo anterior fue acogido y precisado por el Consejo de Estado, mediante SU del 25 de agosto de 2016¹⁴.

5.5.2. Principios de irrenunciabilidad y de interpretación más favorable

26. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-070 de 2010 se ha pronunciado sobre el principio de irrenunciabilidad así:

«El principio de irrenunciabilidad "se inspira en el carácter esencialmente tuitivo de la normatividad laboral, orientada como ninguna otra, a proteger al trabajador de los eventuales abusos de que pueda ser objeto, para lo cual lo rodea de una serie de derechos y garantías que se consideran indispensables a fin de asegurarle un mínimo de bienestar individual y familiar que consulte la dignidad humana».

27. Así mismo, el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial CESUJ2 No. 5 de 2016 ha manifestado lo siguiente:

«El derecho a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales que se orienta a que las prerrogativas reconocidas en las preceptivas que rigen la relación entre empleadores y trabajadores no se modifiquen en perjuicio de estos últimos, por cuanto tienen relación directa con el mejoramiento constante del nivel de vida y la dignidad humana».

28. Consecuentemente, el artículo 53 de la Constitución Política el cual consagra los principios mínimos fundamentales para los trabajadores, relaciona lo siguiente:

«El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores».

29. Ahora bien, en lo referente al principio de favorabilidad, esta Corporación en sentencia del 01 de junio de 2017¹⁵ ha emitido lo siguiente:

«La aplicación del principio de la favorabilidad en materia laboral, se presenta cuando existe un conflicto entre dos normas vigentes o cuando existe una sola que admite varias interpretaciones, el cual debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad de la ley, en el sentido que la norma favorable deberá aplicarse en su integridad».

30. Entonces, para que opere el principio de favorabilidad deben darse los siguientes requisitos: **(1)** frente a una situación de carácter laboral, existen dos normas vigentes susceptibles de aplicarse al caso concreto, es decir, que regulen la misma situación fáctica; **(2)** que el juez tenga duda sobre cuál de ellas debe aplicar; y **(3)** que la norma que escoja, se aplique en su totalidad, o sea, que no puede interpretarse parcialmente sino de forma íntegra, como un todo, esto es, como un cuerpo normativo.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección SEGUNDA. Sentencia de 25 de agosto de 2016. Radicación 8001-23-31-000-2021-00628-01 (0528-2014) CE-SUJ2-004-16.

¹⁵ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B Consejero Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez Bogotá, D. C., Primero (1) De Junio De Dos Mil Diecisiete (2017) Radicación Número: 15001-23-33- 000-2015-00058-01(3452-16)





Medio de control	Nullidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-001-2017-00074-01
Accionante	Yolanda Castro Ortega
Accionado	Departamento de Bolívar – Secretaría de Salud Departamental
Decisión	Confirma sentencia de prima instancia
Página	Página 6 de 9

5.6. Caso concreto

5.6.1. Pruebas recaudadas

31. Se aportaron al proceso lo siguientes medios de prueba relevantes:
32. **(1)** Resolución No. 365 de 1978, por el cual se nombra en propiedad a la señora Yolanda Castro Ortega¹⁶.
33. **(2)** Copia de acta de posesión del 23 de enero del 2002, por medio de la cual la señora Yolanda Castro Ortega se posesiona como promotora rural de salud del Municipio de Pinillos¹⁷.
34. **(3)** Copia de comunicación de la Gobernación de Bolívar, el 2 de noviembre de 1999, por medio de la cual se le comunica a la señora Yolanda Castro su transferencia al Municipio de Pinillos¹⁸.
35. **(4)** Copia de certificado laboral de la señora Yolanda Castro del centro de salud de Pinillos en donde se determinan sus prestaciones sociales¹⁹.
36. **(5)** Resolución No. 58 del 11 de noviembre de 2014, por medio de la cual el Hospital San Nicolás de Tolentino acepta la renuncia de la señora Yolanda Castro²⁰.
37. **(6)** Copia de extracto de cuenta individual de cesantías de la señora Yolanda Castro en el FNA²¹.

5.6.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico aplicable

38. A partir de las pruebas obrantes en el proceso, la Sala encuentra acreditado lo siguiente, en orden a desatar la controversia suscitada en este asunto:
39. **(1)** La señora Yolanda Castro Ortega fue empleada del sector salud del nivel departamental, vinculada desde el 1 de julio de 1978, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 10 de 1990, de manera que en materia prestacional le resultaba aplicable el régimen retroactivo de las cesantías de la Ley 6 de 1945, y no las prescripciones establecidas en el Decreto 3118 de 1968, que previó el modelo anualizado administrado por el Fondo Nacional del Ahorro.
40. **(2)** Asimismo, se tiene que la señora Yolanda Castro Ortega, fue nombrada en propiedad mediante Resolución No. 365 de 1978²², como promotora rural de salud del centro de salud del Municipio de Pinillos y tomó posesión del cargo el 23 de enero del 2002²³, cargo en el que permaneció hasta el 11 de noviembre de 2014, fecha en la que renunció para gozar de su pensión de jubilación.

¹⁶ Folio 22. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".

¹⁷ Folio 24. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".

¹⁸ Folios 30 – 31. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".

¹⁹ Folios 37 – 38 y 118 – 119. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".

²⁰ Folio 41. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".

²¹ Folios 230 – 242. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".

²² Folio 22. Archivo digital "01ExpedientePrimerInstancia"

²³ Folio 24. Archivo digital "01ExpedientePrimerInstancia"



Medio de control
Radicado
Accionante
Accionado
Decisión
Página

Nulidad y restablecimiento del derecho
13-001-33-33-001-2017-00074-01
Yolanda Castro Ortega
Departamento de Bolívar – Secretaría de Salud Departamental
Confirma sentencia de prima instancia
Página 7 de 9

41. **(3)** En virtud de su vinculación laboral, la señora Castro Ortega radicó ante el Departamento de Bolívar – Secretaría Departamental de Salud, solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas debidamente indexadas el 1 de julio de 2015²⁴, y del silencio frente a esta petición, se reclama la nulidad del acto ficto negativo configurado.

42. **(4)** La actora, indicó además que con el proceso de descentralización administrativa del sector salud en virtud del Convenio interadministrativo celebrado entre el Departamento de Bolívar Seccional – Seccional Salud de Bolívar y el Municipio de Pinillos, se produjo una sustitución patronal, de la cual se reclama el derecho en virtud de las acreencias laborales existentes antes de la transferencia a su nuevo empleador, es decir, al Municipio de Pinillos.

43. De acuerdo con lo expuesto se encuentra que, la señora Castro Ortega se vinculó al Centro de Salud del Municipio de Pinillos antes de la entrada en vigencia de la Ley 10 de 1990, quiere decir que era beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías; sin embargo, durante todo el tiempo laborado, reconoció que estuvo afiliada al FNA en donde le fueron cotizados los intereses correspondientes a su cuenta individual²⁵, de conformidad con el régimen anualizado de dicha entidad.

44. Vale precisar que con relación a los pagos en favor de la actora por concepto de retiro de cesantías entre el 1 de enero de 1978 y el 31 de julio de 2003, la entidad en ese entonces encargada de realizar los mismos, es decir, Servisalud de Bolívar, aportó y reportó cesantías en nombre de la parte actora correspondientes al período mencionado, para un monto total de reportes de \$681.174, dinero sobre el cual el FNA le reconoció y abonó en su cuenta por concepto de intereses²⁶.

45. En concordancia con lo anterior, consta en el expediente, de acuerdo con los extractos aportados por el FNA desde el 2 de noviembre de 1999 hasta el 28 de marzo de 2019, que la parte actora efectuó retiros de cesantías en las siguientes fechas: el 10 de enero de 2017²⁷, el 5 de septiembre de 2017²⁸, el 27 de abril de 2012²⁹ y 6 de julio 2010³⁰.

46. De la vinculación al FNA, la demandante apeló que fue realizada de manera forzosa, comoquiera que no estaba obligada a ello, al indicar que dicha carga se encuentra en cabeza del empleador. De lo anterior la Sala advierte que ciertamente no se comprobó que la demandante manifestó ante su empleador la intención de trasladarse al régimen de cesantías anualizadas, y que la mera afiliación al FNA no constituye prueba del cambio de régimen, pero tampoco se opuso a que sus cesantías fuesen administradas por dicho fondo, tal como se evidencia con los retiros realizados.

47. Por lo tanto, se concluye que la señora Castro Ortega no le asiste el derecho a la reliquidación de las cesantías definitivas conforme al régimen retroactivo de la Ley 6 de 1945, toda vez que no obra en el expediente manifestación expresa de su voluntad para acogerse al régimen anualizado de cesantías, pero el hecho de haber realizado

²⁴ Folios 14-19 Archivo digital "01ExpedientePrimerInstancia"

²⁵ Folios 230 – 242. Archivo "01ExpedientePrimerInstancia".

²⁶ Folios 248-264 Archivo digital "01ExpedientePrimerInstancia"

²⁷ Folio 241, Archivo digital "01ExpedientePrimerInstancia"

²⁸ Folio 292, Archivo digital "01ExpedientePrimerInstancia"

²⁹ Folio 238, Archivo digital "01ExpedientePrimerInstancia"

³⁰ Folio 237, Archivo digital "01ExpedientePrimerInstancia"



Medio de control
Radicado
Accionante
Accionado
Decisión
Página

Nulidad y restablecimiento del derecho
13-001-33-33-001-2017-00074-01
Yolanda Castro Ortega
Departamento de Bolívar – Secretaría de Salud Departamental
Confirma sentencia de prima instancia
Página 8 de 9

varios retiros directamente del FNA anteriormente referidos, permite a la Sala concluir que ésta conocía de su vinculación al aludido fondo, acogiéndose por tanto a las reglas y disposiciones que lo regulan.

48. Sobre el particular, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante Sentencia 4 de noviembre de 2021, consideró³¹:

«De acuerdo con todo lo anterior, se observa que el demandante se vinculó como empleado público del sector salud con anterioridad a 1990, lo que quiere decir que era beneficiario del régimen retroactivo de cesantías, razón por la cual la liquidación de este auxilio procedía al finalizar el vínculo laboral. No obstante, la entidad empleadora realizó la liquidación de manera anualizada y consignó los valores de esta operación en el Fondo Nacional del Ahorro.

Al respecto vale la pena precisar que, desde la posesión en la entidad demandada se cumplió, bajo un régimen distinto, con la obligación de liquidación y pago del auxilio de cesantías, y que en ningún caso le fue negado el acceso a este, pues recordemos que el señor Betancourt Paba no solo hizo uso de sus cesantías durante el vínculo laboral, sino que al finalizar éste retiró todo lo que por dicho concepto tenía en su cuenta individual en el FNA.

49. De manera concordante, esta Sala estima oportuno señalar que la jurisprudencia de dicha sección al pronunciarse sobre casos similares³² ha aclarado que, si bien era procedente el reconocimiento de las cesantías bajo el régimen retroactivo, las actuaciones del empleado al retirar ocasionalmente sus cesantías del FNA y no oponerse a que estas fueran administradas por ese fondo, conllevan a aceptar el régimen que la ley dispuso para sus administrados, es decir el anualizado. Al respecto, se pone de presente lo resuelto en Sentencia de 8 de marzo de 2018:

«Conforme a lo reseñado es preciso concluir que la señora Esmeralda Lamus Rodríguez no le asiste el derecho a la reliquidación de las cesantías definitivas conforme al régimen retroactivo de la Ley 6ª de 1945, porque bien es cierto que se vinculó a la ESE Hospital Santo Tomas de Villanueva con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 (4 de septiembre de 1985), está afiliada al Fondo Nacional del Ahorro, desde el 30 de septiembre de 1999.

Ahora, no obstante, no obra en el expediente manifestación expresa de su voluntad acogerse a ese sistema, el hecho de haber realizado retiros parciales de sus cesantías directamente del Fondo Nacional del Ahorro y emplear dicho auxilio para abonar a un crédito hipotecario desde el año 2000 hasta el 2010, permite a la Sala inferir que la demandante conocía de su vinculación al aludido fondo acogiéndose por tanto a las reglas y disposiciones que lo regulan.

Así las cosas, comoquiera que la demandante pertenece al sistema de cesantías del Fondo Nacional del Ahorro, no tiene derecho a la reliquidación de las mismas con base en el régimen retroactivo de la Ley 6ª de 1945.»³³

50. Por otra parte, en lo referente a la irrenunciabilidad, la Sala observa que no se conculcó este principio por cuanto este aplica a los beneficios mínimos laborales, como lo es el caso del auxilio de las cesantías que son una prestación social a favor del trabajador que debe pagar el empleador como contraprestación por las actividades que realiza, con la finalidad de que las utilice para satisfacer sus necesidades en el evento en que cese su vinculación laboral.

51. No obstante, no se puede predicar lo mismo del régimen retroactivo, toda vez que este sistema de cesantías si es renunciable en los términos del artículo 3 del Decreto 1582 de 1998, el cual previó que los servidores públicos beneficiarios del régimen retroactivo de cesantías que hayan ingresado a un ente territorial antes de la expedición de la Ley 334 de 1996, podían trasladarse al régimen anualizado previa solicitud, liquidación total de la prestación y entrega del emolumento a la administradora que eligieran.

³¹ Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, Bogotá, D.C. cuatro (4) de noviembre de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 13001-23-33-000-2012-00181-01 (0141-16)

³² Al respecto véanse las sentencias del Consejo de Estado – Sección Segunda Radicado: 41001233300020130013501 (4402 - 2014) de fecha 5 de abril de 2017; Radicado: 4001233300020150004101(0261 - 2017) de fecha 26 de abril de 2018 ; y Radicado 540012333000201600164 01 (0557 - 2019) de fecha 17 de junio de 2021 .

³³ Consejo de Estado – Sección Segunda . Radicado: 44001 - 23 - 33 - 000 - 2014 - 00155 - 02 (0816 - 2017) de fecha 8 de marzo de 2018





Medio de control
Radicado
Accionado
Accionado
Decisión
Página

Nulidad y restablecimiento del derecho
13-001-33-33-001-2017-00074-01
Yolanda Castro Ortega
Departamento de Bolívar – Secretaría de Salud Departamental
Confirma sentencia de prima instancia
Página 9 de 9

52. En suma, a partir del criterio reiterado por el Consejo de Estado la Sala concluye que a la señora Yolanda Castro Ortega no le asiste el derecho a la reliquidación de cesantías retroactivas. Por tal motivo, se **confirmará** la Sentencia de 18 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, la cual negó las pretensiones de la demanda.

5.7. De la condena en costas

53. La Sala aplica el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del CGP, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

54. En el presente caso el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante fue resuelto desfavorablemente; no obstante, la Sala no le impondrá condena en costas, pues resultaría inequitativo si se tiene en cuenta que para la fecha en que presentó su demanda, la tesis que sostenía este Tribunal con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, respaldaba las pretensiones; de modo que el demandante actuó bajo el convencimiento de que sus pretensiones podrían ser prósperas.

VI.- DECISIÓN

55. En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de 18 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **ENVIAR** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones en Justicia Web TYBA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 006 de la fecha.

JEAN PAUL VASQUEZ GOMEZ
MAGISTRADO

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Magistrado

OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA
Magistrado