



Cartagena de Indias D. T y C., dieciocho (18) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

|                           |                                                     |
|---------------------------|-----------------------------------------------------|
| <b>Medio de control</b>   | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO              |
| <b>Radicado</b>           | 13-001-33-33-008-2013-00457-01                      |
| <b>Demandante</b>         | ERNESTO CARLOS CARRERA BADRÁN                       |
| <b>Demandado</b>          | EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUÉ |
| <b>Magistrado Ponente</b> | ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.                      |
| <b>Actuación</b>          | SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.                     |
| <b>Tema</b>               | SANCIÓN MORATORIA LEY 244 DE 1995.                  |

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veinte (20) de mayo de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, la cual negó las pretensiones de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

### 1. PRETENSIONES.

La parte actora pretende en síntesis:

#### De la Nulidad.

**1.1.** Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto fruto del silencio administrativo en el que incurrió la Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué Bolívar, por no contestar la reclamación administrativa presentada por el actor en fecha 31 de octubre de 2011.

**1.2.** Del mismo modo, solicita la declaratoria de nulidad del acto administrativo expreso expedido por la Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué Bolívar de fecha 03 de julio de 2013, por medio del cual la entidad accionada respondió la reclamación administrativa instaurada por el actor en fecha 21 de junio de 2013, en la cual la entidad niega las pretensiones de dicha petición.

#### Del restablecimiento del derecho.



**1.3.** Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad solicitadas, el accionante pide que se ordene y condene a la Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué Bolívar, a restablecer sus derechos, reconociendo y ordenando el pago inmediato a su favor, con los siguientes conceptos: cesantías, intereses a las cesantías, indemnización por el pago de intereses y sanción moratoria por no pago de cesantías.

**1.4.** Que se ordene el pago de intereses e indexación de las sumas anteriores.

**1.5.** Que igualmente y a título de restablecimiento del derecho, se ordene y se condene a la Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué Bolívar, a dar cumplimiento a esta sentencia dentro del término señalado en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

## **2. HECHOS.**

**2.1.** El actor señala que fue nombrado como Médico de la Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué – Bolívar, mediante resolución número 0082 de 21 de febrero de 2005 “por medio del cual se hace un nombramiento”, seguidamente fue posesionado en dicho cargo en la misma fecha.

**2.2.** El señor Carrera Badran por medio de apoderado judicial Indicó que el cargo de Médico estaba previsto en la planta de personal de la entidad accionada y que también es un cargo de naturaleza jurídica de carrera administrativa.

**2.3.** Así mismo manifiesta que se desempeñó en el cargo referenciado desde el día 21 de febrero de 2005 hasta el 18 de noviembre de 2008 y que su última asignación mensual fue de un millón trescientos sesenta y seis mil ochocientos cuarenta y siete pesos (\$ 1.366.847).

**2.4.** Puntualizó además, que al momento de su desvinculación con la Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué Bolívar, le quedaron adeudando sus cesantías de todo el tiempo que prestó sus servicios a la entidad accionada, las cuales fueron solicitadas por medio de reclamación administrativa de fecha 31 de octubre de 2011, sin que la entidad se haya pronunciado al respecto, configurándose el silencio administrativo negativo.



**2.5.** Por último, concluyó que la entidad al momento de su desvinculación, adeuda cesantías de toda la relación laboral, lo cual hace acreedor a mi cliente de que esta entidad pague la sanción moratoria consistente en un día de pago por cada día de retardo hasta que se efectúe el pago, en los términos de la Ley 244 de 1995.

### **3. Normas violadas y concepto de la violación.**

El accionante por intermedio de apoderado judicial adujo que la expedición de los actos administrativos desconocieron los artículos 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 83, 87, 90, 121, 122 y 209 por violación directa por falta de aplicación de la Ley 1437 de 2011 "Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo" como también por el quebrantamiento del artículo 18 del Código Sustantivo del Trabajo, la Ley 153 de 1887, artículos 2 y 3 de la Ley 57 de 1887, artículo 5 de la Ley 6 de 1945, Decreto 1160 de 1947, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969 y la Ley 244 de 1995.

Argumenta que los actos administrativos acusados de nulidad, al no dar respuesta a la reclamación administrativa de fecha 31 de octubre de 2011 y el acto administrativo expreso, violan el artículo 6 de la Constitución Política al no cancelar las cesantías al actor, por lo que al omitir el pago de las cesantías, se hace acreedor de las sanciones de Ley, la cual es el pago de la sanción moratoria por el no pago de cesantías de acuerdo con lo previsto en la Ley 244 de 1995.

Adiciona que la posición de la administración en cabeza de la Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué – Bolívar, explayada en el acto administrativo de fecha 3 de julio de 2013, cuya nulidad se demanda, está desconociendo la relación o vínculo que existió entre esta y el actor.

Por estas razones, acusa los actos administrativos demandados por vicios de ilegalidad, los cuales se configuran en los conceptos de violación alusivos a la ilegalidad en cuanto al objeto, y si se observa el acto administrativo expedido por la ESE Municipal de Magangué, de fecha 3 de julio de 2013, por cuanto el contenido de este acto administrativo es contrario a una norma jurídica superior, al igual que se acusa de vicios relacionados con la falsa motivación por la inexistencia de unos motivos legales en que se sustente, siendo tal determinación arbitraria, en el sentido expuesto por la Corte Constitucional mediante Sentencia SU – 250 de 26 de Mayo de 1998.



#### **4. La contestación.**

La parte accionada omitió contestar la demanda dentro del término de traslado de la demanda.

#### **5. Sentencia de primera instancia.**

El *a quo* argumentó entre otras cosas lo siguiente, (se transcribe):

"El demandante se desempeñó como Médico de la E.S.E Municipal de Magangué – Bolívar, desde el 21 de febrero de 2005 hasta el 18 de Noviembre de 2008 y afirma que nunca le cancelaron las cesantías de toda la relación laboral que existió como Funcionario de la ESE Municipal de Magangué – Bolívar, lo cual pretende que esa entidad le pague además de la sanción moratoria consistente en un día de pago por cada día de retardo hasta que se efectúe el pago, en los términos de la Ley 244 de 1995.

De las pruebas obrantes en el proceso, y especialmente la certificación emitida por el Fondo Nacional del Ahorro a solicitud de este Despacho (ver folio 89-94); es claro que no le asiste la razón al demandante; ya en dicha certificación se puede leer:

"Consultada la base de datos, se puede establecer que el señor Ernesto Carlos Carrera Badran, identificado con cédula de Ciudadanía número 72.248-626 aparece la misma como retirado del Fondo Nacional del Ahorro por la ESE Centro de Salud de Magangué, entidad que efectuó aportes y reportes de cesantías a su nombre correspondientes a las vigencias fiscales de 2005 a 2007, en las cuantías y fechas señaladas en el extracto individual de cesantías que remitimos para su conocimiento y fines pertinentes, en el cual además se puede observar los intereses y la protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda que el FNA le reconoció y abonó en cuenta sobre los reportes anuales consolidados y los retiros de cesantías que efectuó, las fechas en que lo hizo y la cuantía de los mismos, presentando a la fecha en su cuenta individual un saldo de cero pesos, perdiendo así su condición de afiliado al FNA por la citada entidad".

Igualmente podemos observar de los extractos anexos y enviados por el Fondo Nacional del Ahorro, que al demandante le fueron consignadas sus cesantías en doceavas partes hasta el mes 8 del año 2008, ver folio 93; es decir, hasta el momento de su vinculación con la ESE MUNICIPAL DE MAGANGUE – BOLÍVAR; y que el señor Ernesto Carlos Carrera Badran; si le fueron pagada las cesantías y fueron retiradas en el año 2008; por lo tanto, teniendo en cuenta lo anterior las pretensiones no tienen vocación de prosperar.

#### **COSTAS.**

Se condena en costas a la parte demandante de conformidad con el artículo 188 del CPACA, las cuales se liquidarán por Secretaría.

(...)



FALLA.

PRIMERO. Negar las pretensiones de la demanda

(...)"

## 6. Recurso de apelación.

La parte accionante, por haberle el Juez de Primera Instancia negado sus pretensiones, interpuso recurso de apelación aduciendo lo siguiente:

"(...)

La sentencia recurrida, al pronunciarse en el fondo del asunto, niega las suplicas de la demanda, al considerar, en síntesis que al actor si se le pagaron sus cesantías, en lo cual erró este despacho debido a una mala interpretación normativa y probatoria, sobre la prueba arrojada en el expediente correspondiente a la respuesta dada por el Fondo Nacional del Ahorro, y de la prueba aportada en el proceso sobre reporte de cesantías enviado y aportado al proceso de parte del Fondo Nacional del Ahorro, prueba que fue mal valorada por el Juzgado.

El Juzgado no hizo una interpretación sistemática de la respuesta dada por el Fondo Nacional del Ahorro, debido a que esta entidad señaló que si bien es cierta la ESE MUNICIPAL DE MAGANGUÉ - BOLÍVAR, aportaba cesantías al actor en una doce avas de los factores salariales que toman como base para el pago de cesantías de sus servidores públicos afiliados, los cuales para que se conviertan en cesantías deben haberse causado, lo que ocurre a 31 de diciembre de cada año, o a la terminación de la relación laboral según el caso y haber remitido debidamente diligenciado los reportes o listados mensuales individualizados, las certificaciones de los factores salariales que sustituyen base para liquidar cesantías y los respectivos reportes anuales consolidados, los que se envían de parte de la entidad antes del 15 de febrero del año siguiente a la causación.

**Porque la del fallador de instancia erró al negar las pretensiones de la demanda, tras considerar que la entidad accionada ESE MUNICIPAL DE MAGANGUÉ - BOLÍVAR, pagó las cesantías del actor.**

(...)

En consecuencia, no existe una fecha exacta de consignación de cesantías en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, sino de aporte de doceavas para cubrir las cesantías de los afiliados del sector público, dineros que solo se convierten en cesantías, cuando se legalizan los respectivos anuales consolidados y se trasladan los dineros consignados a las cuentas individuales de los afiliados reconociendo el FONDO NACIONAL DEL AHORRO los intereses y la protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda que las cesantías han generado, valores que son los que figuran en los extractos de cuenta individual, los cuales fueron los que remitió el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y que fueron aportados con la demanda y aportados por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO cuando fue oficiado, es decir que la ESE MUNICIPAL DE MAGANGUÉ - BOLIVAR, efectuó los aportes de la doceava sin que esto significara que se convirtieron o pueden deducirse como pagos por cesantías, en lo cual incurrió en mora la entidad, haciéndola acreedora de la sanción moratoria por el no pago de cesantías en los términos de la Ley 244 de 1995.

(...)



En resumen la ESE MUNICIPAL DE MAGANGUE – BOLÍVAR, no cumplió con su obligación y deber de reportar, pagar y diligenciar todo el procedimiento entorno al pago de las cesantías del actor, lo que la lleva a que se haga acreedora del pago de la SANCION MORATORIA por el no pago de CESANTÍAS en los términos de la Ley 244 de 1995, ya que la entidad muy distintamente a lo consignado en el fallo incumplió con su deber de pagar las cesantías al actor, ella debía diligenciar y llevar el procedimiento de ley para pago de CESANTÍAS de sus trabajadores.

(...)

Con fundamento en los planteamientos que anteceden, solicito se sirva revocar la sentencia recurrida, dictando en su lugar la que en derecho deba reemplazarla".

## **7. Trámite procesal segunda instancia.**

Mediante auto de fecha 02 de febrero de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante contra la sentencia de 20 de mayo de 2015 (folio 196, cuaderno de segunda instancia) y por auto de fecha 11 de julio de 2016 (folio 199 *ibídem*), se ordenó correr traslado a las partes por el término común de diez (10) días para que presenten por escrito sus alegatos de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

## **6. Concepto del ministerio público**

En esta oportunidad, el Representante del Ministerio Público no emitió concepto.

# **II.- CONSIDERACIONES**

## **1. Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia sobre las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos de este circuito judicial.

## **2. Marco jurídico del recurso de apelación.**

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo



probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

**"Art. 320. Fines de la apelación.** El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: "*tantum devolutum quantum appellatum*".

### 3. Problema jurídico.

¿Le asiste derecho a la parte accionante al pago de cesantías, intereses a las cesantías, indemnización por el no pago de intereses a cesantías y la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 por el periodo en que laboró con la entidad demandada, comprendido desde el 21 de febrero de 2005 a 18 de noviembre de 2008?

### 4. Tesis.

Esta Corporación Judicial confirmará la sentencia de primera instancia, dado que la parte accionante por su afiliación al Fondo Nacional del Ahorro (en adelante, FNA), se halla sujeta al régimen de liquidación de cesantías regulada por la Ley 432 de 1998, por lo que con fundamento en el principio



de inescindibilidad<sup>1</sup>, no es acreedora de la sanción moratoria de que trata la Ley 50 de 1990 y la Ley 244 de 1995, entendiendo que la sanción que se produce por la no consignación oportuna de cesantías por parte de la entidad pública al FNA, es la de intereses moratorios a favor del Fondo precitado<sup>2</sup>.

## 5. Marco Jurídico aplicable al caso.

### - Auxilio de cesantías.

La prestación social del auxilio de cesantías fue consagrada por la Ley con el propósito de amparar al empleado cuando se halle cesante o desempleado. Esta prestación está a cargo del empleador, quien tiene la obligación de reconocerlas al empleado al finalizar la relación laboral, en caso que no hayan sido depositadas en un fondo privado.

Aunado a lo expuesto, este auxilio se constituye en un ahorro disponible para eventos en los que el trabajador requiere invertir en educación, vivienda o desempleo.

En este sentido, en la actualidad perviven las siguientes normas jurídicas que regulan las cesantías:

- El literal f del artículo 12 de La Ley 6 de 1945 consagró a favor de los trabajadores oficiales, el derecho al auxilio de cesantías a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio y, proporcionalmente, por fracciones de año, y el literal a) del artículo 17 *ibídem* estableció que ese auxilio se reconocería con destino a todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.
- El Decreto 1160 de 1947 «sobre auxilio de cesantías», en su artículo 6, señaló que para liquidar las cesantías se toma como base el último sueldo o jornal, salvo que hubiera sufrido modificaciones en los 3 últimos meses, caso en el cual se toma el promedio de lo devengado en los últimos 12 meses o en todo el tiempo servido, si fuere menor a ese lapso.

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia de 19 de julio de 2007. Consejero Ponente: Jaime Moreno García.

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 05 de diciembre de 2013. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.



Ahora bien, el Decreto 3118 de 1968 creó el Fondo Nacional de Ahorro, y dentro de los objetivos para la administración de sus recursos, fijó los siguientes:

*«pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales»<sup>8</sup>, y «proteger dicho auxilio contra la depreciación monetaria»<sup>9</sup>.*

Con tales finalidades, el artículo 3 del Decreto 3118 de 1968 determinó que las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado debían ser liquidadas y entregadas al Fondo; así mismo, en su artículo 22 ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social realizar, con corte a 31 de diciembre de 1968, la liquidación de cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales afiliados a ella.

Con lo previsto en los artículos 27, 28 y 33 *ibídem* empezó el llamado «desmonte del régimen de retroactividad de cesantías», pues se dispuso la liquidación anual de esta prestación para los empleados y trabajadores de las entidades aludidas previamente, y la liquidación definitiva por la porción de tiempo laborada durante el año del retiro, así como el reconocimiento de intereses anuales del 9%, a ser liquidados el 31 de diciembre de cada año, sobre el saldo que figure a favor de cada empleado.

El Decreto 432 de 1998 «por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones», mantuvo el objetivo de administrar de manera eficiente las cesantías<sup>10</sup>, y dentro de sus funciones, las de recaudo y pago de ese auxilio a los afiliados, al igual que la protección contra la pérdida de su valor adquisitivo<sup>11</sup>. Además, en los artículos 11 y 12 *ibídem*, fijó a favor de sus afiliados un monto por concepto de intereses, con el propósito de evitar la pérdida del poder adquisitivo del auxilio de cesantías depositado, y un porcentaje a título de intereses sobre las cesantías.

En el evento en que el empleador no consigne dentro del término de ley las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, el artículo 6° *ibídem* dispone que el FNA tendrá derecho a cobrar a su favor intereses por mora, tal y como sigue:

**“ARTÍCULO 6°.-** *Trasferencia de cesantías de servidores públicos. En la fecha establecida para efectuar las consignaciones de los aportes a los sistemas general de pensiones y de seguridad social en salud, las entidades públicas empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional de Ahorro una doceava parte de los factores de salarios que sean base para liquidar las cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior para los servidores públicos afiliados.*



***El incumplimiento de la obligación aquí establecida dará derecho al Fondo para cobrar a su favor intereses moratorios mensuales, equivalentes al doble del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las sumas respectivas para todo el tiempo de la mora".***

Mensualmente, las entidades públicas empleadoras enviarán al Fondo Nacional de Ahorro una certificación que contenga el valor total de los factores salariales que constituyan base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior.

Los funcionarios competentes de las entidades públicas empleadoras, que sin justa causa no hagan oportunamente las consignaciones de los aportes mensuales o el envío de los reportes anuales de cesantías debidamente diligenciados, incurrirán en causal de mala conducta que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

En todo caso, se debe señalar que la Ley 344 de 1996 «por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones», dio un paso adicional encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su artículo 13, lo siguiente:

**ARTÍCULO 13.-** Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, **a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:**

*"a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*

*b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo; (negrilla de la Sala)".*

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo artículo 99 consagró:

**ARTÍCULO 99.-** El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

*1. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*

*2. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el*



*régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.*

*3. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.*

*4. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.*

Finalmente, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus artículos 5 y siguientes. Así lo determinó:

**ARTÍCULO 1º.-** El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y **el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.** (Se resalta).

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores<sup>13</sup>.

La Ley 244 de 1995 «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones» en su artículo 1 estableció el término de quince (15) días para que la administración expida el acto de reconocimiento de cesantías definitivas de los servidores públicos, que han de contarse desde la fecha de radicación de la solicitud que se haga en tal sentido, en todo caso, determinó que en el evento de que la solicitud esté incompleta, el empleador debe manifestarlo así al peticionario, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, y señalar expresamente los requisitos de que adolece, de modo que una vez se alleguen, pueda proferir el acto que reconozca la prestación, en el término inicialmente indicado.

Conforme a todo lo expuesto, entonces se definen tres regímenes distintos de liquidación de cesantías para el sector público, a saber:



- El Sistema retroactivo, donde las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses. Se rige por la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.
- De liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, que incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador y cobija a las personas vinculadas a éstos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del Decreto 1582 de 1998.
- El Sistema del Fondo Nacional de Ahorro, el cual rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación.<sup>3</sup>

Es importante anotar que la aplicabilidad de cada régimen debe hacerse en su totalidad, sin que puedan mezclarse sus contenidos normativos, de acuerdo al principio de inescindibilidad.

- **Principio de inescindibilidad.**

De conformidad con la Jurisprudencia del Consejo de Estado, este principio consiste en que la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad, quedando prohibido dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca. De esta manera, quien invoca un ordenamiento que le beneficia y quien en efecto lo aplica, no puede recoger prebendas contenidas en el uno para incrustarlas en la aplicación del otro<sup>4</sup>.

- **Sanción Moratoria.**

Mediante la Ley 1071 de 2006 «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a

<sup>3</sup> Tomado de la sentencia fechada 19 de julio de 2007, proferida por la Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado, dentro del expediente N° 9228-05, en la cual fue Consejero Ponente el Dr. Jaime Moreno García.

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia de 19 de julio de 2007. Consejero Ponente: Jaime Moreno García.



los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.», dicha norma en el artículo 4.º señaló:

"«[...] **Términos.** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

**Parágrafo.** En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes".

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

En concordancia con la norma anterior, el artículo 5.º de la mencionada ley, reguló la sanción moratoria:

"«[...] Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

**Parágrafo.** En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este [...]"

De la normativa transcrita se observa que el legislador le dio un término a la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, por ende, debe estudiarse cada caso en concreto, pues si el acto administrativo se expide dentro del término legal conferido, los 45 días para el pago comienza a contabilizarse desde la firmeza del mismo.

No obstante, si la entidad sobrepasa el término para emitir el acto de reconocimiento, por culpa de la entidad y no del solicitante, no es procedente inferir que el término de la sanción moratoria empieza a contarse desde la firmeza del acto administrativo expedido tardíamente, toda vez que ello atentaría contra el espíritu de la norma, que es darle un tiempo prudencial a la entidad para que realice el procedimiento interno de reconocimiento y pago de una prestación social que le pertenece al servidor público por el solo hecho de laborar en la entidad.

Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado<sup>8</sup>, determinó la forma como se debe contabilizar la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1955 por el pago tardío del auxilio de cesantía, con el siguiente análisis:



"«[...] Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

[...]

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria. [...])» (Subrayado fuera del texto original)

Se aclara que adicionalmente a los 15 días para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, se debe sumar el tiempo de ejecutoria del acto, esto es: i) 5 días si la solicitud ante la administración se radicó en vigencia del CCA<sup>9</sup> o, ii) 10 días si se presentó en vigencia del CPACA<sup>10</sup>."

## 5. Análisis Crítico de las Pruebas.

De acuerdo con las pruebas allegadas regular y oportunamente al proceso, se consigna por cierto que el señor Ernesto Carlos Carrera Badran en su calidad de accionante, laboró para la accionada (Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué) como médico de la planta de personal desde el 21 de febrero de 2005 al 13 de febrero de 2009, recibiendo una asignación básica mensual de un millón trescientos sesenta y seis mil ochocientos cuarenta y siete pesos (\$1.366.847), como se coteja en la **certificación laboral expedida por la Jefe de Talento Humano de la ESE de Magangué que milita a folio 61 del expediente.**

Una vez terminado el vínculo laboral entre las partes el (13 de febrero de 2009), la parte actora el día 31 de octubre de 2011 presentó petición ante la entidad accionada solicitando el reconocimiento y pago de cesantías definitivas por el lapso en que duró desempeñándose como médico de la entidad<sup>5</sup>, sin embargo, la accionada no contestó la petición dentro de los términos de la Ley 244 de 1995.

De igual forma, el señor Carrera Badran el 21 de junio de 2013 radicó otra petición ante la ESE del Municipio de Magangué, requiriendo de nuevo el

<sup>5</sup> Se Constata a folio 34 a 35 del expediente.



reconocimiento y pago de cesantías definitivas (**folios 36 a 46**), a lo que la accionada respondió:

*"(...) Me permito manifestarle que el Ministerio de la Protección Social gira los dineros correspondientes a Cesantías al Fondo Nacional del Ahorro, y la obligación de la entidad que represento es reportar las personas que laboran y qué cantidad devengan.*

*(...)*

*Como quiera que la ESE del Municipio de Magangué ha cumplido con sus obligaciones en ya que se ha enviado el reporte a la Secretaría de Salud no podemos hacernos responsables del pago.*

*Esta entidad no accede a reconocer sanción moratoria, pues no somos responsables del pago de las cesantías, además estas deben ser reconocidas por un Juez de la República en un proceso judicial, igual que indexaciones".*

De manera que se configuraron dos actos administrativos por parte de la entidad accionada, uno ficto o presunto por la ausencia de respuesta a la petición de 31 de octubre de 2011 y el otro acto administrativo de carácter expreso que data del 03 de julio de 2013 este último **a folio 50**.

Dentro de este contexto, por la negativa de la accionada de reconocer y pagar las cesantías definitivas solicitadas por el accionante, éste se vio obligado a instaurar demanda ante esta Jurisdicción para declarar la nulidad de los actos administrativos antes referenciados y restablecer el derecho con el pago de las cesantías y la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995.

Cursando el proceso en primera instancia, el a quo mediante oficios número 2538, 2359 y 2360, de fechas 06 de noviembre de 2014, le requirió al Fondo Nacional del Ahorro, Secretaria de Salud Departamental de Bolívar y Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué que allegaran certificación relacionada con las cesantías del accionante (**folios 84 a 86**), no obstante, lo cual, solamente el Fondo Nacional del Ahorro (en adelante, FNA) contestó el requerimiento aportando el extracto individual de cesantías del señor Ernesto Carlos Carrera Badran desde el año 2005 a 2008 (**folios 89 a 94**).

En la contestación al oficio de número 2538 a cargo del FNA, se evidencia que la Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué consignó las cesantías al accionante en los años 2005, 2006, 2007 y 2008, pero éste último hasta el 10 de junio de dicha anualidad, como se aprecia a continuación:

| Fecha | Descripción | Año<br>reporte | mes | Abonos | Retiros | Saldo |
|-------|-------------|----------------|-----|--------|---------|-------|
|-------|-------------|----------------|-----|--------|---------|-------|



|            |                         |      |    |           |                  |           |
|------------|-------------------------|------|----|-----------|------------------|-----------|
| 04/10/2006 | Consolidación cesantías | 2005 | 0  | 1.159.663 |                  | 1.159.663 |
| 04/10/2006 | Pago de Intereses       | 2005 | 0  | 35.918    |                  | 1.195.581 |
| 10/10/2007 | Consolidación cesantías | 2006 | 0  | 1.437.300 |                  | 2.753.017 |
| 10/10/2007 | Pago de intereses       | 2006 | 0  | 39.366    |                  | 2.792.383 |
| 08/13/2008 | Consolidación cesantías | 2007 | 0  | 1.501.980 |                  | 4.584.901 |
| 08/13/2008 | Pago de intereses       | 2007 | 0  | 50.118    |                  | 4.635.019 |
| 10/06/2008 | Pago de cesantías       | 2008 | 10 |           | <b>4.750.275</b> | 0         |

Con base en lo antecedente, se observa que a la parte accionante se le satisfizo la consignación al FNA y pago de su auxilio de cesantías, sin embargo, en el libelo de la demanda el mismo pretende el pago de las cesantías definitivas que van desde el 21 de febrero de 2005 hasta el 18 de noviembre de 2008, de manera que la accionada no le consignó al Fondo Nacional del Ahorro las cesantías que se originan desde el 11 de junio de 2008 al 18 de noviembre de 2008, pues en la ilustración se encuentra que el último concepto por cesantías que retenía el FNA fue en fecha 10 de junio de 2008 y en esa misma fecha fue retirado por el empleado.

En estos términos, como se encuentra probada la consignación y pago de las cesantías del actor a través del FNA por el lapso que va del 24 de febrero de 2005 a 10 de junio de 2008, corresponde restringir el problema jurídico formulado *ab initio*, determinando si le asiste derecho al actor de recibir cesantías, intereses a cesantías y la sanción moratoria por el periodo comprendido entre el 11 de junio de 2008 a 18 de noviembre de 2008.

#### 6. Razonamientos Jurídicos del Caso en Concreto.



En este orden de ideas, el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante no tiene vocación de prosperar, por cuanto la parte accionante al haber sido servidora pública y hallarse afiliada al Fondo Nacional del Ahorro, sus cesantías se encuentran reguladas por la Ley 432 de 1998, norma jurídica que no consagra la sanción por mora en la consignación del valor de las cesantías, sino el cobro de intereses moratorios a favor del FNA.

Con base en ello, no procede ordenar el pago de la sanción moratoria en favor del actor, en tanto que el mismo está sujeto al sistema de liquidación y consignación previsto en la Ley 432 de 1998, y con fundamento en el principio de inescindibilidad y por lo desarrollado en la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>6</sup>, no es dable que el accionante pretenda el beneficio de la sanción moratoria, pues está vedado desde una sana hermenéutica el desmembramiento de los aspectos favorables que consagra la Ley 244 de 1995, - la cual pretende el actor que se le aplique -, para ampararse en dicho régimen cuando debe aplicarse íntegramente la Ley 432 de 1998.

Lo anterior con fundamento en la siguiente sub regla jurisprudencial:

*"Los servidores públicos territoriales afiliados al Fondo Nacional del Ahorro se sujetan al sistema de liquidación y consignación previsto en la Ley 432 de 1998, razón por la cual no tienen derecho al pago de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 como tampoco de la establecida en la Ley 244 de 1995, pues los afiliados al FNA cuya situación jurídica se gobierna por el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998, no previó una sanción por mora en la consignación del auxilio de cesantías, sino el pago de intereses moratorios a favor del fondo"*. (Contenido y negrillas de la Sala).

Por consiguiente, si el actor considera que le adeudan cesantías e intereses respectivos, deberá solicitarlas expresamente al Fondo Nacional del Ahorro para que éste se las reconozca y pueda retirarlas, y en el evento en que el FNA niegue dicha petición por la ausencia de consignación por parte de la Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué, le corresponde a aquel cobrar intereses moratorios mensuales equivalentes al doble del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia de 19 de julio de 2007. Consejero Ponente: Jaime Moreno García.

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. 0800123310000201200011001.



sumas respectivas por todo el tiempo de la mora, de conformidad con el artículo 6 de la Ley 432 de 1998<sup>8</sup>.

Cabe señalar entonces que el actor en lugar de solicitar mediante peticiones de fecha 31 de octubre de 2008 y 03 de octubre de 2013 el reconocimiento y pago de cesantías ante la entidad accionada para que se configurará la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, debió solicitar el pago de dichas cesantías e intereses al Fondo Nacional del Ahorro, por acogerse al régimen de éste fondo.

De esta manera, el acto administrativo ficto y el expreso, atacados por el actor para la declaratoria de su nulidad, continuarán gozando de la presunción de legalidad consagrado en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011<sup>9</sup>.

Resuelto el problema jurídico planteado, lo que impera es confirmar la providencia del *a quo*, pero no por las razones que esbozó en su providencia, sino por las desarrolladas en este proveído.

## 7. Condena en Costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1° del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

<sup>8</sup> Ley 432 de 1998. ARTICULO 6. TRANSFERENCIA DE CESANTÍAS DE SERVIDORES PÚBLICOS. En la fecha establecida para efectuar las consignaciones de los aportes a los sistemas general de pensiones y de seguridad social en salud, las entidades públicas empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional de Ahorro una doceava parte de los factores de salario que sean base para liquidar las cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior por los servidores públicos afiliados. Nota: El Decreto que estipula la fecha para las consignaciones es el Decreto 1406 de oct./99. **En incumplimiento de la obligación aquí establecida dará derecho al Fondo para cobrar a su favor intereses moratorios mensuales equivalentes al doble del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las sumas respectivas por todo el tiempo de la mora".**

<sup>9</sup> Ley 1437 de 2011. artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.



Así las cosas, se condenará a la parte demandante al pago de costas que efectivamente se hayan causado por ser esta a la que le fue desfavorable el recurso, ordenando al Juzgado su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho aplicando el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandante de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

~~SECRET~~