



Cartagena de Indias, D. T. y C., treinta (30) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Acción:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado No:	13001-33-33-000-2015-00096-00
Accionante:	ESTELA CUESTA GARCES
Accionado:	DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
Tema:	CESANTÍAS DEFINITIVAS - SANCIÓN MORATORIA
Magistrado Ponente:	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Procede la Sala a dictar Sentencia de Primera Instancia dentro de la demanda instaurada en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por la señora ESTELA CUESTA GARCES en contra del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.

I.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹.

1.1 Pretensiones.

Pretende la parte demandante la nulidad de los oficios por los cuales el demandado le negó la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías por haber laborado al servicio de dicha entidad entre el 15 de marzo de 1985 y el 28 de enero de 2013; así como el reconocimiento y pago de intereses moratorios, indexación y la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 por no haber consignado dentro de los términos de la ley, y de la Ley 244 de 1995 por el no pago oportuno de la liquidación. Como restablecimiento del derecho, solicita el reconocimiento y pago de dichos emolumentos.

1.2 Hechos

Se resumen así:

La demandante se vinculó al Departamento de Bolívar como Contadora de la Campaña Camina, mediante Decreto No. 279 del 20 de marzo de 1985; en ejercicio de una auditoria, la Oficina de Control Interno de la Gobernación de Bolívar rindió informe No. CI-003 del 22 de enero de 2013, encontrando como

¹ Folios 1-22



hallazgo la omisión de la vinculación a la planta de cargos de la demandante, quien venía laborando para la administración por más de 18 años y a quien le pagaban con recursos provenientes del Sistema General de Participación, recomendando vincularla directamente a la Planta de Cargos de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar, en cumplimiento de lo cual se ajustó la planta de personal y mediante Decreto 393 del 21 de julio de 2003 fue nombrada provisionalmente en el cargo de Profesional Universitario sin solución de continuidad.

A partir de este último nombramiento, se afilió al Fondo de Cesantías de Porvenir, trasladándose del régimen retroactivo al anualizado, para lo cual el Departamento de Bolívar debió liquidar y consignar las cesantías a dicho fondo, lo cual omitió.

Mediante Decreto 624 del 7 de noviembre de 2012 se declara la insubsistencia de su nombramiento, siendo modificado mediante Resolución No. 557 del 27 de noviembre de 2012, por la cual se autorizó su permanencia en el cargo hasta la posesión de su remplazo, lo que se materializó el 28 de enero de 2013.

El Departamento de Bolívar canceló las cesantías desde el 1º de agosto de 2003 hasta la fecha de retiro, pero no consignó las causadas desde 1985 hasta 2003.

1.3 Normas Violadas y Concepto de Violación

Las normas que la parte demandante estima violadas son:

Constitucionales: artículos 2, 4, 13, 25, 29, 53, 58 y 83.

Legales: Ley 6ª de 1945; Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946; Ley 50 de 1990, Ley 344 de 1996; Decreto 1582 de 1998; Decreto 2712 de 1999; Decreto 1252 de 2000; Ley 244 de 1995 y Decreto 1919 de 2002.

Como concepto de su violación, en síntesis expone que la demandante goza del derecho a que se le garantice de manera oportuna el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas como consecuencia de su retiro de la Gobernación de Bolívar.



2. LA CONTESTACIÓN²

La parte demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que ha actuado de conformidad con la normatividad vigente, la vinculación de la demandante se produjo a partir del 2003, momento en el que fue afiliada para los fines de sus cesantías a PORVENIR S.A., fondo en el cual la accionada ha cumplido oportunamente con la consignación de sus acreencias.

Por lo anterior, propuso las excepciones de CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN DEL DEPARTAMENTO, PAGO PARCIAL, IMPOSIBILIDAD DE RECONOCER RETROACTIVIDAD DE CESANTÍAS SIMULTANEAMENTE CON LA AFILIACIÓN VOLUNTARIA AL FONDO PRIVADO Y PRESCRIPCIÓN.

3. TRÁMITE PROCESAL

Admisión de la demanda (Fls. 163-164) y notificación de auto admisorio (Fl. 168). La entidad demandada contestó la demanda (Fls. 71-183).

Se celebró audiencia inicial el 28 de febrero de 2017, agotándose las etapas de la audiencia previstas en el artículo 180 del CPACA; se corrió traslado a las partes para la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto (Fl. 412). La parte demandante alegó de conclusión y el Ministerio Público emitió concepto.

4. ALEGACIONES

Las partes demandante y demandada alegaron de conclusión reiterando lo expuesto en el libelo demandatorio y el memorial de contestación (Fls. 415-437).

II.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia, solamente se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en la audiencia inicial, sin que ello se hiciera en las

² Folios 71-183



etapas posteriores. Sin embargo, ninguna de las partes ni el Ministerio Público objetó el trámite procesal adelantado. Por ello y como en esta instancia no se observa vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver el asunto objeto de controversia.

III.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del numeral 2º del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, situación que se evidencia en el sub-lite.

2. PROBLEMA JURIDICO

De conformidad con los planteamientos expuestos en la demanda y lo probado en el proceso, la Sala considera que los problemas jurídicos a resolver se contraen a determinar:

- i. Determinar si la señora ESTELA CUESTA GARCES, como empleada del Departamento de Bolívar, se encuentra cobijada por el régimen de retroactividad de cesantías por el período laborado entre el 15 de marzo de 1985 y el 28 de enero de 2013.
- ii. En caso de que la respuesta al interrogante anterior sea afirmativa, determinar si tiene derecho a que dicha entidad pague la diferencia que resulte del reconocimiento de sus cesantías retroactivas y lo pagado por cesantías definitivas aplicando el régimen anualizado.
- iii. Determinar si hay lugar al pago de la sanción moratoria por no pago de las cesantías definitivas causadas en el régimen de retroactividad.



3. TESIS

La Sala de Decisión, concederá las pretensiones de la demanda, en cuanto a que la demandante i. si se encuentra cobijada por el régimen de retroactividad de cesantías por el período laborado entre el 15 de marzo de 1985 y el 28 de enero de 2013; ii. dicha entidad debió liquidar y pagar las cesantías de la actora aplicando dicho régimen, y no la liquidación anualizada, por lo que se ordenará el pago de su diferencia; y iii. si hay lugar al pago de la sanción moratoria por no pago de las cesantías definitivas causadas en el régimen de retroactividad, que en el presente caso se generó desde el 9 de julio de 2013.

La anterior tesis se sustentará en los siguientes argumentos:

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1 Regímenes de liquidación de cesantías para el sector público

El auxilio de cesantías es una prestación social que se consagró a favor de los empleados y obreros nacionales en el artículo 17 de la Ley 6ª de 19 de febrero de 1945, el cual estableció la obligación de pagar un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, teniendo en cuenta el tiempo prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942.

En el artículo 1º de la Ley 65 del 20 de diciembre de 1946, se hizo extensiva a los trabajadores del orden territorial y a los particulares en los siguientes términos:

“Artículo 1º.- Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.

Parágrafo.- Extiéndese este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias y comisarías y municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6 de 1945, y a los trabajadores particulares”.

La anterior disposición fue reiterada por el artículo 1º del Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947. Dichas disposiciones rigieron para el sector público (en los órdenes nacional, seccional y local) y el privado, contemplando un régimen de liquidación con retroactividad, por todo el tiempo de servicios, con base



en el último sueldo devengado o el promedio de los últimos doce meses en caso de modificaciones al salario durante los tres últimos meses, lo que implicaba la actualización permanente del referido auxilio.

Posteriormente, el artículo 27 del Decreto 3118 de 26 de diciembre de 1968 preceptuó que cada año calendario, contado a partir del 1 de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado deben liquidar la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados. De igual manera, advirtió que la liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador con lo cual se empezó a establecer el régimen anualizado. Adicionalmente, en el artículo 33 de dicho Decreto, se establecieron intereses del 9% anual sobre las cantidades que a 31 de diciembre de cada año figuraran a favor de cada empleado público o trabajador oficial; porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del artículo 3º de la Ley 41 de 11 de diciembre de 1975.

En el orden territorial, contrario a lo establecido en el orden nacional, el auxilio de cesantías continuó bajo los parámetros consagrados en la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, que consagraron su pago en forma retroactiva.

Con la expedición de Ley 344 de 27 de diciembre de 1996 se estableció la liquidación anual de las cesantías de los servidores públicos vinculados o que se vincularan con posterioridad a la publicación de la misma a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que fuera su nivel (nacional, departamental, municipal o distrital).

En el ámbito territorial ese nuevo régimen de liquidación anualizada de cesantías fue reglamentado por medio del Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, vigente a partir del 10 de agosto del mismo año, en cuyo artículo 1º se estableció:

"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.



Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998".

Como se puede observar, en la reglamentación de la Ley 344 de 1996 para efectos del régimen de liquidación y pago de las cesantías, se hace una remisión a dos disposiciones distintas: por una parte, para los servidores del nivel territorial y aquellos que se vinculen a partir del 31 de diciembre de 1996, se les aplica lo dispuesto en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, y por otra parte, para los servidores que se afilien al Fondo Nacional del Ahorro, a quienes se les aplica lo dispuesto en la Ley 432 de 1998.

De lo expuesto hasta el momento se colige que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1582 de 1998, quedaron vigentes tres regímenes de liquidación de cesantías para el sector público, a saber: (i) el de liquidación retroactiva; (ii) el de liquidación anualizada y (iii) el de los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro.

Finalmente el artículo 1º del Decreto 1252 de 30 de junio de 2000, dispuso que los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de su vigencia, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso.

A su vez, el artículo 2 de la misma disposición señaló que **los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000 disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas, continuarían en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.**

Igualmente el Decreto 1582 de 1998 contempló en el artículo 2º, la posibilidad de que los fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990 administren en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial que se encuentran bajo el **sistema tradicional de retroactividad**, es decir, de los vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 344 de 1996, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 2º.- Las entidades administradoras de cesantías creadas por la Ley 50 de 1990 podrán administrar en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial que se encuentran bajo el sistema tradicional de retroactividad, es decir, de los vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 344 de 1996.



La afiliación de los servidores públicos territoriales a un fondo de cesantías en el evento previsto en el inciso anterior, se realizará en virtud de convenios suscritos entre los empleadores y los mencionados fondos, en los cuales se precisen claramente las obligaciones de las partes, incluyendo la periodicidad con que se harán los aportes por la entidad pública, y la responsabilidad de la misma por el mayor valor resultante de la retroactividad de las cesantías..."

Por su parte, el artículo 3º ibídem dispuso lo procedente cuando el servidor público decidiera acogerse al régimen de cesantías de la Ley 344 de 1996, precisando:

"ARTÍCULO 3º.- *En el caso de servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad, que decidan acogerse al régimen de cesantía de dicha ley, se procederá de la siguiente forma:*

- a) La entidad pública realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado;*
- b) La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la administradora seleccionada por el trabajador;*
- c) En lugar de entregar dicha suma de dinero, las entidades territoriales podrán emitir a favor de cada uno de los servidores públicos que se acojan a este régimen, un título de deuda pública por el valor de la liquidación de las cesantías, con las características que se señalan más adelante, previo el cumplimiento de los trámites legales necesarios para su expedición.*

La Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado en sentencia de 24 de julio de 2008, con ponencia del Doctor Jesús María Lemos Bustamante³, estudió el asunto relativo a si los servidores públicos vinculados a las entidades territoriales con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, a efectos de trasladarse del sistema retroactivo al régimen especial de cesantía previsto en la Ley 50 de 1990, requieren de la manifestación de voluntad expresa a la administración en este sentido o si es suficiente la afiliación a un fondo privado de cesantías, señalando:

"(...) los servidores públicos del nivel territorial cobijados por el sistema tradicional de retroactividad, esto es, los vinculados antes de la expedición de la ley 344 de 1996, a quienes se les dio la opción de afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro, caso en el cual los aportes al mismo se realizan por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 60. de la Ley 432 de 1998; o de afiliarse a las entidades administradoras de cesantías creadas por la ley 50 de 1990, en orden a que estas "administren" en cuentas individuales los recursos para el pago de sus cesantías (artículos 1, parágrafo, y 2º). Debe entenderse que quien se acoge a esta última opción no pierde el beneficio de la retroactividad; simplemente lo que opera es un cambio de administrador para el manejo de la prestación pues tal función deja de ser prestada por la entidad empleadora o el fondo público de cesantías para pasar a ser ejercida por un fondo privado.
(...)

³ Consejo de Estado. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia de 24 de julio de 2008. Rad. No. 25000-23-25-000-2001-00798-01(2471-04). C.P.: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.



*Está demostrado que la actora era beneficiaria del régimen de cesantías retroactivas, se trasladó a Colfondos para que este administrara su prestación y **nunca fue su intención renunciar al régimen que la cobijaba sino cambiar de administrador. En estas condiciones su situación quedó subsumida en el inciso primero del artículo 2 del decreto 1582 de 1998 y, por ende, debe entenderse que lo que operó fue un traslado de la entidad encargada de administrar las cesantías, sin que su régimen de retroactividad hubiera sufrido alguna modificación.***

En un caso similar el Consejo de Estado reiteró en sentencia de 26 de noviembre de 2015⁴, que aquellos funcionarios que se hubieren vinculado con anterioridad a la entrada en rigor de la Ley 344 de 1996, es decir, cobijados con régimen de retroactividad y que decidieran acogerse al previsto en dicha disposición legal **deben manifestar su deseo de optar por el régimen anualizado**, de conformidad con el Decreto 1582 de 1998, puesto que la norma no prevé la posibilidad de un cambio tácito de régimen, toda vez que esta es una actuación voluntaria del servidor⁵.

4.2 Cesantía retroactiva y sanción moratoria por no pago oportuno

La sanción moratoria se encuentra prevista en la **Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006** y tiene lugar siempre que al momento del retiro del servicio o de la terminación del contrato, la entidad pública pagadora incumpla los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas (Ley 244 de 1995) y definitivas o parciales (Ley 1071 de 2006 que la adicionó y modificó).

Al respecto señalan los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995:

"ARTÍCULO 1º Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal 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 informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hace falta anexar. Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 2º La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha en la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de. Rad. No. 70001-23-31-000-2008-00126-01(0259-12). C.P.: Dr. Alfonso Vargas Rincón.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia de 26 de noviembre de 2015. Rad. No. 080012331000201100752 01 (1528-2014). C.P.: Dr. William Hernández Gómez.



PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías 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 sólo 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 éste."

Cabe señalar que la citada norma fue adicionada y modificada por la ley 1071 de 2006⁶, así:

"Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.

Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

Artículo 3°. Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.
2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.

Artículo 4°. 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 petionario 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.

Artículo 5°. 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

⁶ 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 los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su 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.

Artículo 6º. Inspección, vigilancia y control. Los Organismos de Control del Estado garantizarán que los funcionarios encargados del pago de las prestaciones sociales de los Servidores Públicos, cumplan con los términos señalados en la presente ley.

Igualmente, vigilarán que las cesantías sean canceladas en estricto orden como se hayan radicado las solicitudes, so pena de incurrir los funcionarios en falta gravísima sancionable con destitución."

Ahora bien, la causa de la sanción moratoria radica entonces en la falta de reconocimiento y/o pago oportuno del auxilio de cesantía, sea definitivo o parcial; impuesta al empleador moroso y a favor de los servidores públicos de todos los órdenes, con el propósito de resarcir los daños que se causen con el incumplimiento en el pago del auxilio de cesantías.

Así las cosas, si se trata de todos los servidores de todos los órdenes, no hay lugar a excluir a los servidores públicos cobijados por el régimen de retroactividad, toda vez que la especialidad del régimen de liquidación retroactivo de las cesantías, atañe a la prestación en sí misma, y no a la sanción prevista en la Ley 244 de 1995, cuya fuente normativa especial tiene una finalidad diferente.

Por el contrario, la Ley 1071 de 2006 corrobora que se trata de una sanción por no pago oportuno del auxilio de cesantía de todos los servidores estatales, sin distinción del régimen de liquidación que se les aplique:

"ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.

ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro."

Conforme lo expuesto, la especialidad del régimen de liquidación retroactiva de las cesantías del que gozan algunos servidores públicos, no los priva del derecho al pago oportuno de dicho auxilio una vez expira el vínculo laboral, so pena de la sanción moratoria, porque las normas que consagran esa forma de liquidación -Ley 6º de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946 y Decreto 1160 de 1947-, no establecieron un beneficio similar que excluya su aplicación.



En caso similar, como es el de los docentes regulados por la Ley 91 de 1989 y su forma retroactiva de liquidar las cesantías, el Consejo de Estado, en **sentencia del 14 de diciembre de 2015, expediente 1498-14**⁷ analizó el caso de una docente del sector oficial en el Municipio de Pereira, a quien luego de 487 días de mora le fueron canceladas las cesantías reconocidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; sosteniendo que esa indemnización por mora fue establecida mediante la Ley 244 de 1995 como una "sanción" a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último ante el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía dentro de los términos previstos de manera expresa por la ley.

Explicó, así mismo, que el ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006, que modificó la Ley 244 de 1995, cobija a todos los empleados y trabajadores del Estado, como quedó consagrado en la exposición de motivos, al advertir que *"la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no sólo a nivel nacional sino territorial"*.

A juicio del Consejo de Estado no existe ninguna razón para excluir a los docentes del sector oficial del derecho al pago oportuno de las cesantías desarrollado en dicho precepto legal, *"pues al igual de los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se le reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente, el derecho a la igualdad de oportunidades de estos trabajadores, establecido en el artículo 53 C.P. y el artículo 13 ibídem"*.

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia SU-336 de 2017 precisó en cuanto a la aplicación de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías retroactivas de los docentes cobijados por la Ley 91 de 1989, lo siguiente:

"(...)

⁷ Consejo de Estado, Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación núm. 66001-23-33-000-2013-00189-01. Número interno 1498-14. CP: Gerardo Arenas Monsalve. Actor: Diva Liliana Diago del Castillo. Demandado: Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.



3.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.

3.2. La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989⁸.

(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores,

⁸ Sentencias C-741 de 2012 y C-486 de 2016.



derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución.

(vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012)."

Teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial en cita, procederá la Sala a pronunciarse sobre los problemas jurídicos planteados.

5. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados

- El Gobernador del Departamento de Bolívar mediante Decreto No. 279 del 20 de marzo de 1985, designó como Contadora del Fondo Rotatorio de la Campaña "CAMINA" a la señora ESTELLA CUESTA GARCESE (Fl. 34).
- Mediante Decreto No. 393 del 21 de julio de 2003, el Gobernador de Bolívar nombró provisionalmente por el término de 4 meses a la accionante en el cargo de Profesional Universitario Código 340 Grado 14 de la Secretaría de Talento Humano, adscrito a la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento (Fl. 60).
- Por Decreto No. 624 del 7 de noviembre de 2012, se declara insubsistente el nombramiento provisional realizado a la demandante, indicando que la funcionaria debía permanecer en el cargo hasta tanto se posesionara su reemplazo (Fls. 61-64); así mismo, mediante Resolución No. 557 del 27 de noviembre de 2012, se concedió una prórroga para tomar posesión del cargo de Profesional Universitario Código 340 Grado 14, autorizando la permanencia en dicho cargo a la señora ESTELA CUESTA GARCES, mientras se posesiona quien la reemplazara (Fls. 65-67).
- Mediante petición de fecha 20 de marzo de 2013, reiterada en varias ocasiones, esto es, el 27 de noviembre de la misma anualidad, el 11 de febrero y 12 de mayo de 2014, la demandante solicitó al Departamento de Bolívar la liquidación de sus cesantías retroactivas durante el tiempo comprendido entre el 15 de marzo de 1985 y el 28 de enero de 2013, tomando como referencia salarial el último año de servicios comprendido entre el 27 de enero de 2012 y



el 28 de enero de 2013, así como los intereses moratorios y la sanción moratoria por no haber sido oportuno el pago (Fls. 68 – 87).

- Por Oficio de fecha 16 de junio de 2014, la Subsecretaria Administrativa y Financiera de la Gobernación de Bolívar, no accedió a la petición de la demandante, porque desde el 1º de agosto de 2003 se encuentra afiliada al Fondo de Cesantías PORVENIR en el régimen anualizado, no teniendo derecho a régimen retroactivo (Fls. 89 – 92). El 27 de junio de 2014 presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra dicha decisión (Fls. 105-116), siendo resuelto negativamente el recurso de reposición mediante oficio de fecha 9 de julio de 2014, y rechazándose por improcedente el de apelación (Fls. 117 – 120)

- El 29 de noviembre de 2012 el Líder de la Unidad Administrativa y Laboral de la Secretaría de Educación de Bolívar, emitió certificación salarial donde consta que la demandante estuvo vinculada a dicha entidad entre el 15 de marzo de 1985 y el 30 de julio de 2003 (Fl. 122).

- En certificado de 22 de julio de 2013, consta que la demandante estuvo vinculada a la Secretaría de Educación y Cultura del Bolívar entre el 15 de marzo de 1985 y el 27 de enero de 2013 (Fl. 123)

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Pretende la accionante el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas por haber laborado al servicio del Departamento de Bolívar desde el 15 de marzo de 1985 hasta el 28 de enero de 2013, así como al pago de la sanción moratoria por el no pago de las mismas.

5.2.1 De las Cesantías Definitivas

En el caso objeto de estudio se demostró que, la demandante estuvo vinculada al Departamento de Bolívar entre el 15 de marzo de 1985 y el 27 de enero de 2013 (Fl. 123); inicialmente como Contadora del Fondo Rotatorio de la Campaña "CAMINA", nombrada mediante Decreto No. 279 (Fl. 34); y posteriormente, nombrada en provisionalidad mediante Decreto No. 393 del 21 de julio de 2003, en el cargo de Profesional Universitario Código 340 Grado 14 de la Secretaría de Talento Humano, adscrito a la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento (Fl. 60), cargo creado por el Decreto 342 de 2003



el cual dispuso en su artículo decimocuarto que los funcionarios que laboran en la Secretaría de Educación Departamental que se incorporan a los cargos existentes, continuaran con los derechos adquiridos percibiendo las prestaciones salariales existentes, y se regirán por las normas de carrera administrativa vigentes (Fls. 51 y 59)

Así las cosas, encuentra la Sala que la demandante se vinculó al Departamento de Bolívar desde el 15 de marzo de 1985 como Contadora, pasando al cargo de profesional universitario con los mismos derechos adquiridos y percibiendo las prestaciones salariales existentes, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 342 de 2003 emanado de la Gobernación de Bolívar; razón por la cual debe aplicársele lo señalado en las Leyes 6ª de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, es decir, se encuentra cobijada por el régimen de retroactividad de las cesantías para servidores públicos.

Observa la Sala entonces que el Departamento de Bolívar tenía el compromiso de reconocer y pagar las cesantías de la accionante generadas entre el 15 de marzo de 1985 y el 27 de enero de 2013, y que siendo incorporada a la planta de personal en el año 2003, en las mismas condiciones salariales y prestacionales en que venía, conservaba el régimen de retroactividad; aunado a ello, siendo una empleada vinculada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, cobijada por el régimen de retroactividad, si decidía acogerse al anualizado, debía manifestarlo expresamente de conformidad con el Decreto 1582 de 1998 y la jurisprudencia citada en precedencia, puesto que la norma no prevé la posibilidad de un cambio tácito de régimen, toda vez que esta es una actuación voluntaria del servidor.

Pese a lo anterior, se demuestra a folios 129, 131, y 396 que la demandante desde el año 2003 se encuentra afiliada al Fondo de Cesantías PORVENIR, entidad en la cual la demandada depositó las cesantías de la accionante anualmente, sin evidenciarse en el plenario que la accionante expresamente hubiere optado por dicho régimen de liquidación y pago de las cesantías, renunciando al régimen de retroactividad que se le debía aplicar.

Conforme lo expuesto, la Sala de Decisión accederá a las pretensiones de la señora ESTELA CUESTA GARCES, en el sentido de declarar la nulidad del Oficio de fecha 16 de junio de 2014, suscrito por la Subsecretaria Administrativa y Financiera de la Gobernación de Bolívar, por el cual se negó el reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas de la demandante, y del Oficio de fecha



9 de julio de 2014 que confirmo dicha negativa, y en consecuencia, se ordenará liquidar, reconocer y pagar a la demandante, las cesantías retroactivas a que tiene derecho por haber laborado al servicio de la entidad accionada, desde el 15 de marzo de 1985 hasta el 27 de enero de 2013, descontando de dicha liquidación los aportes y pagos efectuados anualmente por el mismo concepto dentro del período en referencia.

Al monto de la condena que resulte por concepto de cesantías retroactivas se aplicarán los ajustes de valor, en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de cesantía retroactiva causada entre el 15 de marzo de 1985 hasta el 27 de enero de 2013, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ésta providencia, por el índice inicial vigente en la fecha en que debió hacerse el pago.

5.2.2 De la sanción moratoria

Como quedó expuesto en el marco normativo y jurisprudencial citado, la sanción moratoria se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006 y tiene lugar siempre que al momento del retiro del servicio o de la terminación del contrato, la entidad pública pagadora incumpla los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas (Ley 244 de 1995) o parciales (Ley 1071 de 2006 que la adicionó y modificó).

También se indicó que la especialidad del régimen de liquidación retroactiva de las cesantías del que gozan algunos servidores públicos como la demandante, no los priva del derecho al **pago oportuno de dicho auxilio una vez expira el vínculo laboral**, so pena de la sanción moratoria, porque las normas que consagran esa forma de liquidación -Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946 y Decreto 1160 de 1947-, no establecieron un beneficio similar que excluya su aplicación.



Así las cosas, y teniendo claro la Sala que en el caso de la demandante deben prevalecer los mandatos contenidos en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 en el trámite de las solicitudes de cesantías que promueva, esta Magistratura procederá a realizar el siguiente análisis de cara a determinar si la entidad demandada incurrió en mora en el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas solicitadas:

Radicación de la solicitud	20-03-2013 (Fls. 68 – 71)
Término para resolver la solicitud (15 días)	Hasta el 15-04-2013
Ejecutoria del acto administrativo (10 días)	Hasta el 29-04-2013
Pago de la obligación (45 días)	Hasta el 08-07-2013

Como consecuencia de lo anterior, evidencia la Sala, que la entidad demandada omitió el cumplimiento de los términos establecidos en la ley tanto para el reconocimiento como para el pago de las cesantías definitivas solicitadas por la accionante, que en su orden debían ser 15 días para expedir el acto de reconocimiento, diez (10) días más que corresponden al término de su ejecutoria –porque se debía aplicar el CPACA-, y 45 días dentro de los cuales se debía realizar el pago; por lo que se concluye que, el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR se encuentra en mora en el pago de las cesantías desde el 9 de julio de 2013, no existiendo a la fecha prueba del pago total por valor de las cesantías definitivas a favor de la demandante.

Por lo señalado, esta Corporación ordenará a la parte demandada reconocer y pagar a la demandante la sanción moratoria consistente en un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantías definitivas, desde el 9 de julio de 2013 hasta la ejecutoria de la presente providencia, para lo cual se tendrá en cuenta el salario devengado por la demandante en el término en que transcurrió la mora.

Ahora bien, atendiendo a que conforme al marco jurídico que fue expuesto, la sanción moratoria equivale a un día de salario por cada día de retardo en el pago, contados desde el día siguiente al que se hizo exigible la obligación respecto de las cesantías causadas, procede la Sala a determinar si hay prescripción de los derechos de la accionante -que en el caso de las acreencias laborales corresponde a tres años-.



En este asunto, como se dijo, el 8 de julio de 2013 se venció el plazo previsto por el legislador para pagar las cesantías definitivas, es decir que a partir del 9 del mismo mes y año empezó el período en mora sancionado a la entidad; no obstante, la solicitud de reconocimiento de sanción moratoria fue presentada por la accionante el día 11 de febrero de 2014 (Fls. 78 - 83), y la demanda fue presentada el 12 de febrero de 2015 (Fl. 161), por lo que se tiene que no operó el fenómeno de la prescripción de la sanción moratoria.

En virtud de las consideraciones plasmadas en precedencia, se hace necesario además declarar no probadas las excepciones de CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN DEL DEPARTAMENTO, PAGO PARCIAL, IMPOSIBILIDAD DE RECONOCER RETROACTIVIDAD DE CESANTÍAS SIMULTANEAMENTE CON LA AFILIACIÓN VOLUNTARIA AL FONDO PRIVADO y PRESCRIPCIÓN, propuestas por la parte demandada.

Finalmente, como la Ley 50 de 1990 introdujo otra hipótesis de mora que se configura cuando el empleador no transfiere o deposita oportunamente la cesantía liquidada anualmente a la respectiva administradora de cesantías, no es posible acceder a la pretensión de la demandante, por cuanto el régimen de liquidación de sus cesantías corresponde al retroactivo.

6. Condena en Costas.

La Sala de Decisión en virtud de lo establecido en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada en el presente asunto, ante la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda.

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

IV. FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del Oficio de fecha 16 de junio de 2014, suscrito por la Subsecretaria Administrativa y Financiera de la Gobernación de Bolívar, por el cual se negó el reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas de la demandante, y del Oficio de fecha 9 de julio de 2014 que confirmó dicha negativa, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho **CONDENAR** al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR a lo siguiente:



i. Reconocer y pagar a la señora ESTELA CUESTA GARCÉS, las cesantías retroactivas a que tiene derecho por haber laborado al servicio de la entidad accionada, desde el 15 de marzo de 1985 hasta el 27 de enero de 2013, ajustando su valor conforme la fórmula prevista en la parte motiva de esta providencia, y descontando de dicha liquidación los aportes y pagos efectuados anualmente por el mismo concepto dentro del período de la referencia.

ii. Reconocer y pagar a la señora ESTELA CUESTA GARCÉS una sanción moratoria equivalente a un (01) día de salario por cada día de mora en el pago de las cesantías definitivas, desde 9 de julio de 2013 hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. Para lo que se debe tener en cuenta el salario devengado por la demandante en el término que transcurrió la mora.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones de CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN DEL DEPARTAMENTO, PAGO PARCIAL, IMPOSIBILIDAD DE RECONOCER RETROACTIVIDAD DE CESANTÍAS SIMULTANEAMENTE CON LA AFILIACIÓN VOLUNTARIA AL FONDO PRIVADO Y PRESCRIPCIÓN, propuestas por la parte demandada.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: NO CONDENAR en costas por lo establecido en la parte motiva de la presente providencia.

SEXTO: CUMPLIR la presente sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA.

SÉPTIMO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia, **ARCHIVAR** el expediente, previa devolución del remanente, si existiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta No. ____

LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS **JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**