



Cartagena de Indias D.T. y C., Treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-005-2015-00177-01
Demandante	ALFONSO MAYORGA CAPATÁZ
Demandado	DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
Tema	<i>Reconocimiento de cesantías retroactivas de empleados sector salud del orden territorial vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se liquidan conforme al régimen de retroactividad.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 002¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 17 de agosto de 2017 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió conceder parcialmente las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor ALFONSO MAYORGA CAPATÁZ, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

3.1.1. Pretensiones³.

¹En aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Folio 1-6 cdno 1

³ Fols. 1-2 Cdno 1.



En ejercicio de la presente acción, la demandante elevó las siguientes pretensiones:

“Primera: que se declare la nulidad del acto administrativo ficto presunto negativo que surgió cuando el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, por intermedio del señor Alcalde Distrital, Dr. Dionisio Fernando Vélez Trujillo no respondió la solicitud que le hiciera el demandante a través de apoderado mediante escrito petitorio radicado el día 20 de mayo de 2014.

Segunda: como consecuencia de la anterior declaración y como restablecimiento del derecho mi poderdante se condene a la entidad demandada a pagar al accionante lo siguiente:

a). se le reconozca, liquide y pague las sumas de dinero producto de la retroactividad de sus cesantías teniendo en cuenta los factores salariales consagrados en el art. 45 del Decreto 1045 de 1978.

b). los valores dejados de cancelar paulatinamente por parte del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias al demandante y que venía disfrutando desde que fue vinculado al Servicio de Salud de Bolívar en el mes de junio de 1977, y que se comprometió respetar la entidad demandada, cuando suscribió en el año 1996 un Convenio Interinstitucional con el Departamento de Bolívar- Dasalud, en el que se incorporó al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias en su planta de personal a 38 empleados que venían trabajando en la Secretaría de Salud con el Departamento de Bolívar (Dasalud). Con el convenio que se estaba legalizando la actuación que se había hecho, cuando el Departamento de Bolívar en el año 1991 comisionó a 38 empleados al Distrito Integrado de Salud de Cartagena. Entre esos 38 empleados se encontraba mi representado, señor ALFONSO MAYORGA CAPATAZ.

c). Que los valores a pagar al demandante se les aplique la indexación moratoria.

d). Que se condene a la entidad demandada a pagar las costas y gastos del proceso.

Tercera: Que se ordene a la entidad demandada de cumplimiento a la sentencia con forme a los términos de ley.

3.1.2. Hechos⁴.

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

Indica que labora para el Distrito de Cartagena en el Departamento Administrativo de Salud desde el 1 de julio de 1996 cuando fue transferido a la

⁴ Fols. 2-3 Cdo no 1



Secretaría de Salud Departamental de Bolívar, donde laboraba desde el 1 de junio de 1977, transferencia que se hizo mediante convenio interinstitucional celebrado entre DASALUD y el Distrito de Cartagena. Su nombramiento inicial fue como técnico de saneamiento código 42-30 por no reunir o tener los requisitos de profesional.

Afirma que, desde su desvinculación laboral con el Departamento de Bolívar, año 1977, hasta la fecha sus cesantías tienen la modalidad de retroactivas, tanto así que, el Departamento de Bolívar así lo ha venido reconociendo y pagando a los funcionarios del área de la salud, afiliado al Fondo Nacional del Ahorro en la modalidad de retroactivas, con fundamento en el art. 6 de la Ley 6 de 1945. Al ser vinculado antes de la Ley 10 de 1990, le resulta aplicable el régimen de retroactividad de cesantías.

Manifiesta que en dicho convenio, se pactó el respeto de los derechos salariales y prestacionales de los empleados transferidos, siendo devengados por el actor los siguientes factores: auxilio de transporte, prima de alimentación, prima de navidad, prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por recreación, bonificación por prestación de servicio, y bonificación por antigüedad; factores que en un principio fueron respetados por la entidad demandada; sin embargo a partir de 1998 empezó a desconocer ciertos factores extendiéndose dicha situación hasta el año 2008.

Argumenta que el día 20 de mayo de 2014 presentó reclamación ante el Distrito de Cartagena, para obtener el reconocimiento y pago de los factores salariales que ha venido desconociendo y las cesantías retroactivas. Transcurrieron 4 meses desde dicha solicitud sin que la entidad demandada emitiera respuesta alguna.

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación:

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Art. 17 de la Ley 6 de 1945.
- Art. 30 Ley 10 de 1990
- Art. 1 Ley 65 de 1946
- Art. 1 Decreto 1160 de 1947
- Art. 13 y 25 Constitución Política



Expone que, conforme a las normas invocadas y teniendo en cuenta desde que fue desvinculado 1 de junio de 1977 de la Secretaría de Salud del Departamento de Bolívar y transferido al Distrito- Dadis, tiene derecho al régimen de cesantías retroactivas y por consiguiente el Distrito así se las debe cancelar, pero esto no ha sucedido, y se las cancela en la modalidad de anualizada, contrariando el derecho que le asiste.

Indicó que, la entidad demandada ha desconocido sus derechos laborales que adquirió desde su vinculación al Departamento de Bolívar en el año 1977, omitiendo su pago desde 1998.

3.2. CONTESTACIÓN.

3.2.1. Distrito de Cartagena⁵:

La entidad accionada dio contestación a la demanda, manifestando que se tienen como ciertos algunos hechos y se opone a la totalidad de las pretensiones.

En cuanto al hecho primero al cuarto, indicó que no es cierto que haya laborado en el Distrito de Cartagena desde el 1 de julio de 1996, lo cierto fue que laboró en el Dadis desde el 6 de junio de 1997, y desde esta fecha su continuidad con el Dadis ha sido de nombramiento, es por ello que no le resulta aplicable el sistema de cesantías retroactivas, porque solo es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.

Afirma que, para el caso que nos ocupa los empleados vinculados hasta el 22 de diciembre de 1993 también se liquidan con el régimen de cesantías retroactivas. La liquidación de este tipo de cesantías se realiza a través de convenios firmados entre el empleador y el fondo que actúa como administrador de los dineros autorizados y transferidos por la empresa. Mientras permanezcan en este régimen, los servidores con liquidación retroactiva de cesantías a un fondo no pierden la retroactividad.

Finaliza aduciendo que, le asiste derecho al demandante de hacerse acreedor de las prerrogativas de reconocimiento de liquidación de cesantías con efectos retroactivos, entre otras cosas, porque su vinculación al Distrito de Cartagena se materializa en el año 1997.

⁵ Fols. 32-36 Cdo no 1.



3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Por medio de providencia del 17 de agosto de 2017, la Juez Quinto Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

Sostiene que, el actor tiene derecho al reconocimiento de las cesantías bajo el régimen de retroactividad, ya que está acreditado que se vinculó al sector salud en el año 1977, fecha para la cual no estaba sometido al imperio de la Ley 344 de 1996, la cual entró a regir a partir del 31 de diciembre de 1996; por consiguiente, las normas de esta ley que impusieron la liquidación anual del auxilio de cesantía de los empleados públicos no le resulta aplicable y, en esas condiciones, el régimen de cesantías era el retroactivo, y ello significa que dicha prestación se le liquida con el último salario devengado, conforme con las disposiciones que regulan la materia. En cuanto a factores a reconocer tuvo en cuenta los que están reconocidos a los empleados del orden territorial.

Respecto al caso concreto, indicó que como empleado territorial al demandante le cobijaba el Decreto 3118 de 1968 que implementó el régimen de liquidación anualizada de cesantías del sector público, de tal manera que, solo el demandante podría expresamente renunciar a la retroactividad de sus cesantías que era el régimen aplicable a los empleados territoriales, y no su empleador el Departamento de Bolívar y/o el Distrito de Cartagena, afiliándolo al sistema de cesantías manejado por el Fondo Nacional del Ahorro, sin demostrar dicha renuncia por parte del servidor. Por lo que determinó que, no puede entenderse que el actor tuviera un régimen diferente al de retroactividad por estar afiliado al Fondo Nacional del Ahorro, haciendo aportes a su cuenta hasta 1993, sin que los mismos reflejen que hubo reconocimiento de la retroactividad a que tiene derecho.

Manifiesta que, de acuerdo a la descentralización operada en el sector salud que en caso del demandante se concretó con el convenio interadministrativo del 3 de mayo de 1999 quedó claro que el Departamento de Bolívar tenía el compromiso de gestionar ante el Fondo Nacional del Pasivo Prestacional el saneamiento del pasivo prestacional de los funcionarios que serían entregados al Distrito de Cartagena, por lo que los funcionarios transferidos pasarían sin deudas salariales ni prestacionales al Distrito de Cartagena, quien

⁶ Fols. 148-157 Cdo no 1.



sería el responsable de ellos, aunado la circunstancia de la condición de derecho adquirido que tiene derecho a la cesantía bajo el régimen retroactivo.

Al resolver sobre las prestaciones de auxilio de transporte del año 2003 a 2006 indicó que, el actor no tiene derecho porque gana más de 2 smmlmv, igual sucede con el auxilio por alimentación. En cuanto a las vacaciones desde 1998 a 2006 las mismas prescriben en 4 años y como la petición fue presentada el 20/05/2014 se encuentran prescritas; igual suerte corren, la prima de vacaciones y la bonificación por recreación.

Con relación a la bonificación por antigüedad, sostuvo que no tiene derecho porque de conformidad con el art. 49 del Decreto 1042 de 1978 y 540 de 1977, este incremento solo cobija a las personas que se hayan vinculadas antes del 1 de abril de 1977, y el demandante se vinculó en junio de ese año, por lo que no tiene derecho; además esta es una prestación para empleados del orden nacional.

Finalmente declara la nulidad de los actos demandados, accediendo al reconocimiento de la prima de servicios, sostiene que no se ha cancelado desde el año 2003, teniendo en cuenta que es un empleado que se le aplica el régimen de los empleados públicos del orden nacional, ya que fue vinculado en 1977 antes de la vigencia de la Ley 10 de 1990 y esta es una prestación que por disposición del Decreto 1042 de 1978 se le pagan a los empleados del orden nacional, tiene derecho a su pago pero aplica la prescripción porque solo reclamó a partir del 20 de mayo de 2014, en consecuencia ordenó su pago desde el año 2011 hasta el 2015 y en lo sucesivo si aún no se le están pagando; así como a efectuar la liquidación de las cesantías con base en el sistema de retroactividad desde el 1 de junio de 1977 hasta que se produzca su desvinculación.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁷

Por medio de escrito del 05 de septiembre de 2017 la demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, aduciendo que en el caso en concreto no se puede hablar de incumplimiento por parte del Distrito de Cartagena, si en algún momento se puede hablar que el

⁷ Fols. 165-168 Cdo no 1.



demandante adquirió el derecho de pertenecer al régimen de retroactividad de las cesantías se tendría que analizar también la relación laboral que tenía con el Departamento de Bolívar, la cual no fue vinculada al proceso, por lo que afirma que el no reconocimiento de este régimen de retroactividad lo realiza en cumplimiento de la norma.

Manifiesta que para el caso que nos ocupa los empleados vinculados hasta el 22 de diciembre de 1993 también se liquidan con el régimen de cesantías retroactivas. La liquidación de este tipo de cesantías se realiza a través de convenios firmados entre el empleador y el fondo que actúa como administrador de los dineros autorizados y transferidos por la empresa. Mientras permanezcan en este régimen, los servidores con liquidación retroactiva de cesantías a un fondo no pierden la retroactividad.

Así las cosas, considera que no le asiste razón al A-quo ya que el derecho reconocido a la parte demandante, respecto a las prerrogativas de reconocimiento de liquidación de cesantías con efectos retroactivos, entre otras cosas, porque su vinculación al Distrito de Cartagena se materializa en el año 1997, fecha para la cual se encuentran vigente el nuevo régimen de liquidación de cesantías para estos servidores públicos.

Finalmente solicita se revoque el fallo apelado y se condene en costas a la parte demandante.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL.

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 27 de septiembre de 2017⁸, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 06 de abril de 2018⁹; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 14 de agosto de 2018¹⁰.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSION

3.6.1. Parte demandante¹¹: Presentó escrito de alegatos, reiterando lo expuesto en la demanda.

⁸ Fol. 2 Cdno 2

⁹ Fol. 5 Cdno 2

¹⁰ Fol. 9 Cdno 2.

¹¹ Fols. 12-13 cdno 2



3.6.2. Parte demandada: No presentó escrito de alegatos.

3.6.2. Ministerio Público: No presentó concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

¿Tiene derecho el señor Alfonso Mayorga Capataz al reconocimiento y pago de sus cesantías por parte del Distrito de Cartagena en la modalidad de retroactivas, teniendo en cuenta que es un trabajador de la salud que se vinculó en 1977, y que fue transferido a la entidad demandada en el año 1996?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia que concedió las pretensiones de la demanda, debido a que el demandante se vinculó al sector salud en 1977, por lo que tal y como lo ordena las normas que regulan la materia y la jurisprudencia aquí citada, las cesantías de los empleados públicos del sector salud del nivel territorial vinculados antes de la entrada en



vigencia de la Ley 100 de 1993 se liquidan conforme al régimen de retroactividad.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Cesantías de los servidores públicos del sector salud

Mediante sentencia del 26 de abril de 2018, la Sección Segunda del Consejo de Estado, estudió el régimen de cesantías retroactivas para los empleados públicos de las seccionales de salud a nivel territorial, por lo que en el mismo determinó que:

“Tratándose los accionantes de funcionarios del sector salud del orden territorial, es oportuno precisar el régimen de cesantías que les es aplicable, para lo cual se ha de partir del momento en que se produjo su vinculación laboral, de manera que si esta fue anterior a la Ley 10 de 1990, la aludida prestación se rige por lo consagrado en el literal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y los artículos 1º del Decreto 2767 de 1945, 1º de la Ley 65 de 1946 y 1º, 2º, 5º y 6º del Decreto 1160 de 1947, es decir el régimen de retroactividad, que era la regla general para los empleados del orden territorial, mientras que para los servidores del nivel nacional, después de la expedición del Decreto 3118 de 1968, lo era la afiliación al Fondo Nacional del Ahorro, incluso aquellos pertenecientes al sector salud. (Subrayas de la Sala).

De esta manera, los empleados del sector salud pertenecientes al nivel territorial y sus entes descentralizados, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 10 de 1990, en materia prestacional se regían por las mismas disposiciones que los nacionales, por lo que, para la liquidación y pago de sus cesantías debía recurrirse a las prescripciones del Decreto 3118 de 1968, que prevé el modelo anualizado administrado por el Fondo Nacional del Ahorro.”

Las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946 y los Decretos 2767 de 1945 y 1160 de 1947, previeron el derecho al auxilio de cesantías para los servidores del sector público en los órdenes nacional, seccional y territorial, en razón a un mes de sueldo por cada año de trabajo continuo o discontinuo y proporcional por las fracciones de año.

Para efectos de su liquidación, se dispuso, como regla general, tener en cuenta el último salario fijo devengando por el empleado así como todo aquello que haya percibido a cualquier otro título y que implicara directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, de este modo el régimen tenía carácter retroactivo y el pago efectuado siempre era



13-001-33-33-005-2015-00177-01

actualizado, pero no en proporción a lo realmente devengado por el servidor por cada año de servicios, lo que causó un desequilibrio en el sistema.

Frente a ello, el Gobierno Nacional optó por expedir el Decreto 3118 de 1968 “por el cual se crea el Fondo Nacional del Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones”, con el propósito de iniciar el proceso de desmonte de la llamada retroactividad de las cesantías, para dar paso a un sistema de liquidación anual, así como con la finalidad de pagar oportunamente el auxilio de cesantía a los empleados públicos y trabajadores oficiales. Este nuevo régimen dispuso a cargo del Fondo Nacional del Ahorro el pago de intereses para proteger el auxilio de la cesantía contra la depreciación monetaria.

Con el decreto referido se suprimió el régimen de retroactividad para remplazarlo por el de liquidación anualizada, administrado por el Fondo Nacional del Ahorro, pero únicamente en relación con los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional, es decir, que los servidores del nivel territorial que venían gozando de la retroactividad no vieron afectado su derecho de manera que ese sistema era el que se le continuaba aplicando a la liquidación del auxilio en comento, de tales empleados.

Se observa entonces, que en los distintos niveles del sector oficial (nacional, departamental y municipal) se aplicaban diversos regímenes prestacionales, por ello **el legislador con la intención de unificarlos expidió la Ley 10 de 1990 “Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”, prescribiendo en cuanto al régimen prestacional de los empleados de la salud del nivel territorial, lo siguiente:**

*“ARTICULO 30. Régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos. Las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa, y les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo. **A los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la presente Ley**”.* (Subrayas fuera del texto).



Por lo anterior, los empleados del sector salud pertenecientes al nivel territorial y sus entes descentralizados, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 10 de 1990, en materia prestacional se regían por las mismas disposiciones que los nacionales, por lo que, para la liquidación y pago de sus cesantías debía recurrirse a las prescripciones del Decreto 3118 de 1968, que prevé el modelo anualizado administrado por el Fondo Nacional del Ahorro.

Posteriormente el artículo 242 de la Ley 100 de 1993, *“Por el cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*, instituyó la prohibición expresa de reconocer y pactar *“para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantías a ellos aplicable”*, de manera que el sistema de liquidación anualizado se convirtió en la regla general para este tipo de empleados. Así mismo, se refirió al Fondo Prestacional del sector Salud, aclarando que asumiría el costo adicional generado por concepto de la retroactividad de las cesantías del sector salud, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 242. FONDO PRESTACIONAL DEL SECTOR SALUD. El fondo del pasivo prestacional para el sector salud, de que trata la Ley 60 de 1993, cubrirá las cesantías netas acumuladas y el pasivo laboral por pensiones de jubilación causado a 31 de diciembre de 1993.

El costo adicional generado por concepto de la retroactividad de cesantía del sector salud que a la vigencia de esta ley tienen derecho a ello, conforme al artículo 33 de la Ley 60 de 1993, y para los fines previstos en ésta, será asumido por el fondo del pasivo prestacional y las entidades territoriales, en los plazos y términos de concurrencia que establece la misma ley.

A partir de la vigencia de la presente ley no podrán reconocerse ni pactarse para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantía a ellos aplicable.

(...)

PARÁGRAFO: Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, entiéndese por cesantías netas, las cesantías acumuladas menos las pagadas a 31 de diciembre de 1993”.

Con la expedición de 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”*, en su artículo 13 estableció la liquidación anual del auxilio de cesantías a todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, cualquiera sea su nivel

(nacional o territorial), exceptuando al personal uniformado de las Fuerzas militares y de la Policía Nacional, a partir de su entrada en vigencia, esto es, el 31 de diciembre de 1996.

Para reglamentar este nuevo régimen en el ámbito territorial se expidió el Decreto 1582 de 1998, por medio del cual el Presidente de la República reglamentó parcialmente el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, extendió el régimen de liquidación de cesantías anualizado previsto en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, a los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y que se afiliaran a los fondos privados administradores de cesantías, dispuso lo siguiente:

*“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. (Subrayas fuera del texto)*

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.”

En el caso de aquellos servidores que se hubieran vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad y que decidieran acogerse a las opciones previstas en la citada norma, el artículo 3.º del Decreto 1582 de 1998 indicó el siguiente procedimiento:

- “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”.*

Con el propósito de desmontar del sistema de retroactividad de cesantías, el artículo 19 Decreto 1453 de 1998 estableció la obligatoriedad de afiliación al Fondo Nacional del Ahorro, para los empleados Nacionales allí señalados,



independientemente de si su vinculación era anterior o posterior a la vigencia de tal norma.

En cuanto a los servidores del orden territorial que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, esto es, después del 31 de diciembre de 1996, les resulta aplicable el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad a tal fecha, siempre y cuando hubieren manifestado su voluntad de renunciar al sistema de retroactividad.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de unificación jurisprudencial de fecha 25 de agosto de 2016, Radicación 08001-23-31-000-2011-00628-01 (0528-14) Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, señaló:

“En ese orden, se puede decir que los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, están cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad pero que se hubieran acogido al régimen anualizado, y para efecto de la liquidación y pago de esa prestación se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y normas concordantes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998”

De otra parte, la Ley 715 de 2001, en su artículo 61 suprimió el Fondo de Pasivo Prestacional para el Sector Salud trasladando la responsabilidad financiera de aquel al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y pasó a ser regulada por el Decreto 306 de 2004, que previó, entre otros, los requisitos para ser beneficiario del Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud y la forma de pago de dicho pasivo, así:

“Artículo 4º. Cesantías. El procedimiento para el reconocimiento y pago de las cesantías se desarrollará conforme a los siguientes parámetros:

El valor neto de la cesantía de una persona activa o retirada a 31 de diciembre de 1993 equivaldrá a las cesantías causadas y pendientes de pago a dicha fecha, descontando los valores cancelados por concepto de cesantías parciales, todo debidamente actualizado.

La Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se abstendrá de pagar con sus recursos la retroactividad de cesantías que corresponda al servidor público o el trabajador privado afiliado con anterioridad al 23 de diciembre de 1993 al Fondo Nacional del Ahorro o a otra Administradora de Fondo de Cesantías



legalmente constituida, teniendo en cuenta que el régimen que administran dichas entidades no contempla a su cargo el pago de dicha retroactividad.

Cuando la negligencia imputable al empleador en el pago oportuno de los aportes para cesantías de sus trabajadores dé origen a la cancelación de intereses de mora, estos no podrán ser cancelados con la concurrencia a cargo de las entidades que colaboran en la financiación del pasivo prestacional del sector salud.

ARTÍCULO 8°. Beneficiarios. Se consideran beneficiarios del Pasivo Prestacional del Sector Salud aquellos servidores públicos y trabajadores privados que fueron certificados como tales por el Ministerio de Salud de conformidad a la normatividad entonces vigente, sin perjuicio de las modificaciones a que haya lugar con ocasión de la revisión que efectúe el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Serán considerados como beneficiarios los trabajadores del sector salud que a diciembre de 1993 pertenecían a una de las siguientes entidades o dependencias y tenían acreencias prestacionales legales a las que se refiere el artículo 2° del presente decreto, vigentes con las mismas:

- a) Instituciones o dependencias de salud del subsector oficial del sector salud;*
- b) Entidades del subsector privado del sector salud, cuando hayan estado sostenidas o administradas por el Estado, o cuyos bienes se hayan destinado a una entidad pública en un evento de liquidación;*
- c) Entidades de naturaleza jurídica indefinida del sector salud cuando se trate de instituciones que hayan estado sostenidas y administradas por el Estado, o que se liquiden y cuyos bienes se destinen a una entidad pública”.*

Conforme a la normativa transcrita en precedencia es posible afirmar que los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector salud del nivel territorial, que hubieren iniciado sus labores antes de la entrada en vigor de las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993, por regla general, son beneficiarios en materia de cesantías del régimen de retroactividad a menos que se hubieren acogido al sistema anualizado.

A la referida conclusión también arribó la Sala homóloga de la Subsección “A”, en sentencia de 5 de abril de 2017, Radicación número: 41001-23-33-000-2013-00135-01 (4402-14) CP WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ:

“i) por regla general el auxilio de cesantía de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector salud del nivel territorial, vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993, se liquida con el régimen de retroactividad, es decir, con base en el último salario devengado al momento de la



desvinculación de la entidad o de la liquidación parcial de cesantías, según sea el caso; o ii) con el sistema de liquidación y manejo de las cesantías desarrollado en la normativa que regula lo referente al Fondo Nacional del Ahorro”.

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos relevantes probados:

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Certificado expedido por la Gobernación de Bolívar el 16 de abril de 2009 en el que se avizora el cargo desempeñado, tiempo de servicio y factores devengados por el actor¹².
- Certificado expedido por el Distrito de Cartagena el 30 de abril de 2014, en el que se detalla el cargo desempeñado, tiempo de servicio y factores devengados por el actor¹³.
- Copia del convenio interinstitucional celebrado entre el Departamento de Bolívar y el Distrito de Cartagena, para el proceso de transferencia de un personal, el cual se allegó de manera incompleta¹⁴.
- Petición radicada por el demandante el 20/05/2014, por la cual solicita reliquidación de los dineros que resulte del reconocimiento de las cesantías retroactivas con los factores salariales del Dcto 1045 de 1978¹⁵.
- Por medio de oficio AMC-OFI- 0095236-2015 el Distrito de Cartagena allegó los siguientes documentos¹⁶:
 - Decreto 0462 del 30 de mayo de 1997, “Por el cual se reglamenta el Acuerdo 06 de 7 de mayo de 1997” (fols. 93-94)

¹² Fol. 8 cdno 1

¹³ Fol.9 cdno 1

¹⁴ Fols. 10-12 cdno 1

¹⁵ Fol. 13-16 cdno 1

¹⁶ Fols. 92-112 cdno 1



- Acta del 6 de junio de 1997 expedida por el Distrito de Cartagena, por la cual se posesiona al señor Alfonso Mayorga en el cargo de técnico de saneamiento 4230-10 del DADIS (fol. 95).
 - Decreto No. 0552 del 3 de septiembre de 2001, *“Por el cual se incorporan unos empleados a la planta de personal de la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias D.T. y C. y se distribuyen y se ubican en la dependencia donde prestaran sus servicios”* (fols.96-98).
 - Acta No. 0842 del 5 de septiembre de 2001 expedida por el Distrito de Cartagena, por el cual se posesiona al demandante en el cargo de técnico de saneamiento 448 del DADIS (fol. 99).
 - Decreto 0238 del 13 de marzo de 2006, *“Por el cual se incorpora a la planta de personal a los funcionarios de la Alcaldía Mayor de Cartagena D.T. y C.”* (fols. 100-102).
 - Acta No. 1602 del 30 de marzo de 2006 expedida por el Distrito de Cartagena, por el cual se posesiona al demandante en el cargo de técnico en salud código 323 grado 21 del DADIS (fol. 103).
 - Decreto 0021 del 3 de enero de 2007, *“Por medio del cual se incorpora y reincorpora unas personas a la planta de empleos de la Alcaldía Mayor de Cartagena D.T. y C., se hacen unos nombramientos ordinarios y se dictan otras disposiciones”* (Fols. 104-107).
 - Acta No. 0090 del 11 de enero de 2007 expedida por el Distrito de Cartagena, por el cual se posesiona al demandante en el cargo de técnico en salud código 323 grado 21 del DADIS (fol. 107).
- Copia del convenio interadministrativo celebrado entre el Departamento de Bolívar y el Distrito de Cartagena, para el proceso de transferencia de un personal de fecha 28 de junio de 1996¹⁷.
 - Se allegó folder contentivo del expediente administrativo que reposa en la Alcaldía de Cartagena sobre la información laboral del actor¹⁸.
- Oficio No. DRH 519 del 28 de junio de 1996, por el cual el Departamento Administrativo de Salud de Bolívar informa al demandante la supresión de su cargo y su traslado al Distrito de Salud Cartagena (fol. 53).

¹⁷ fols. 109-112 cdno 1

¹⁸ Cdno 1 de pruebas fols. 1-196
Cdno 2 de pruebas fols 197-320



- Acta del 6 de junio de 1997, por el cual se posesiona al señor Mayorga en el cargo de técnico de saneamiento 4230-10 del Dadis. (fol. 54)
- Decreto 0391 del 8 de marzo de 2016 expedido por el Distrito de Cartagena, por el cual se efectúa el retiro del servicio del actor por pensión de vejez (fols. 290-292).
- Resolución GNR 136891 del 10 de mayo de 2016, por la cual se reliquida una pensión de vejez del actor (fols. 298-303).
- Decreto 0758 del 19 de mayo de 2016 expedido por el Distrito de Cartagena, por el cual se efectúa el retiro del servicio del actor por pensión de vejez (fols. 304-307).

5.5.2. Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el sub-examine el acto enjuiciado es el acto administrativo ficto presunto negativo que surgió cuando el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, no respondió la solicitud que le hiciera el demandante mediante escrito petitorio radicado el día 20 de mayo de 2014, por la cual solicita la reliquidación de los dineros que resulten del reconocimiento de las cesantías retroactivas con los factores salariales del Dcto 1045 de 1978.

Conforme a la competencia que nos asiste, esta Sala resolverá los argumentos manifestados en el recurso de apelación por la parte demandada, el cual en resumen indica que para el caso que nos ocupa los empleados vinculados hasta el 22 de diciembre de 1993 también se liquidan con el régimen de cesantías retroactivas. Sin embargo, considera que no le asiste razón al A-quo ya que el derecho reconocido a la parte demandante- respecto a las prerrogativas de reconocimiento de liquidación de cesantías con efectos retroactivos-, entre otras cosas, porque su vinculación al Distrito de Cartagena se materializa en el año 1997, fecha para la cual se encuentran vigente el nuevo régimen de liquidación de cesantías para estos servidores públicos.

Sea lo primero manifestar que encuentra inconsistencias esta Sala entre los argumentos del Distrito de Cartagena en la contestación de la demanda y el recurso de alzada, debido a que en el primero de ellos afirma que, le asiste derecho al demandante de hacerse acreedor de las prerrogativas de reconocimiento de liquidación de cesantías con efectos retroactivos, entre otras cosas, porque su vinculación al Distrito de Cartagena se materializa en el año 1997; sin embargo en el recurso de apelación indica, que al momento de la vinculación a la entidad ya se encontraba un nuevo régimen de liquidación



de cesantías, por lo que no comparte la decisión del A-quo al establecer el régimen de retroactividad al actor.

Conforme a las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que el señor Alfonso Mayorga laboró para el Departamento de Bolívar- Secretaría de Salud, desde el 1 de junio de 1977 hasta el 1 de julio de 1996, en el cargo de técnico de saneamiento código 42-30(fol. 8 cdno 1). Si bien es cierto que el señor Alfonso Mayorga ingresó al Distrito de Cartagena desde el 06 de junio de 1997 mediante Decreto 0462 del 30 de mayo de 1997 en el cargo de técnico de saneamiento código 4230 (fol. 9 cdno 1).

Se encuentra que, en fecha 28 de junio de 1996 el Departamento de Bolívar y el Distrito de Cartagena suscribieron convenio interadministrativo con el objeto de transferir 38 empleados de la planta de personal de la Secretaria de Salud Departamental, en virtud de la descentralización operada en el sector salud a partir de la Ley 10 de 1990, entre los que se encontraba el aquí demandante, en dicho convenio se estableció como obligaciones del Distrito de Cartagena la de reconocer a los transferidos los derechos adquiridos conforme a la convención y/o acuerdos laborales que consten en los actos administrativos emanados del ejecutivo distrital. En el mismo se esclareció que el Departamento de Bolívar gestionaría ante el Fondo Nacional del Pasivo Prestacional el saneamiento del pasivo prestacional de los funcionarios entregados al ente distrital. (fol. 109-112). En ese sentido, concuerda esta Sala con lo manifestado por la A-quo, en el sentido de indicar que conforme al art. 58 de la Constitución Política el señor Mayorga ya tenía un derecho adquirido como era el régimen de cesantías retroactivas, conservando el régimen prestacional y salarial con que venía del Departamento de Bolívar.

Lo anterior, viene siendo reiterado por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de unificación jurisprudencial de fecha 25 de agosto de 2016, Radicación 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, señaló:

“En ese orden, se puede decir que los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, están cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad pero que se hubieran acogido al régimen anualizado, y para efecto de la liquidación y pago de esa prestación se rigen por lo que en esa



materia consagra la Ley 50 de 1990 y normas concordantes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998".

En ese sentido, tal y como viene siendo determinado en el marco normativo y la jurisprudencia traída a colación, las cesantías de los empleados públicos del sector salud del nivel territorial vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se liquidan conforme al régimen de retroactividad, es decir, con base en el último salario devengados al momento de su desvinculación o de la liquidación parcial de sus cesantías.

En el mismo sentido la sentencia del 26 de abril de 2018, la Sección Segunda del Consejo determinó que: *"Tratándose los accionantes de funcionarios del sector salud del orden territorial, es oportuno precisar el régimen de cesantías que les es aplicable, para lo cual se ha de partir del momento en que se produjo su vinculación laboral, de manera que si esta fue anterior a la Ley 10 de 1990, la aludida prestación se rige por lo consagrado en el literal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y los artículos 1° del Decreto 2767 de 1945, 1° de la Ley 65 de 1946 y 1°, 2°, 5° y 6° del Decreto 1160 de 1947, es decir el régimen de retroactividad, que era la regla general para los empleados del orden territorial (...)"*.

Por lo anterior, no puede la parte demandada pretender que en esta instancia se estudie el vínculo laboral entre el Departamento de Bolívar y el demandante del cual no hay discusión alguna, por otro lado, no se encontró probado que el demandante al momento de ser transferido al Distrito de Cartagena renunciara al régimen de retroactividad del cual era beneficiario, por lo que su cambio como lo pretende la demandada, solo podría darse por la desvinculación del servicio o su renuncia expresa a él.

En ese orden de ideas, no prosperan los argumentos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia por las razones aquí expuestas.

5.6. De la condena en costas.

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación condenará en costas a la parte vencida en ambas instancias, esto es, a la parte demandada DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, por no prosperarle el recurso aquí incoado.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 115/2020
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

13-001-33-33-005-2015-00177-01

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandada DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 047 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

DIGNA MARIA GUERRA PICÓN