



Cartagena de Indias D. T. y C, diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-000-2016-00246-00
Demandante	LORENZA MARTÍNEZ DE CARRILLO
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
Tema	<i>Régimen retroactivo</i>
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija nº 001 de Decisión Oral a dictar sentencia de primera instancia, en el proceso promovido por la señora Lorenza Martínez de Carrillo, por conducto de apoderado especial, contra el Departamento De Bolívar, en el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretendiendo las siguientes declaraciones y condenas:

III.- ANTECEDENTES

1. PETITUM.

Se declare la nulidad del acto ficto o presunto negativo generado por la no contestación de la petición en fecha 05 de mayo de 2015, la cual pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías de forma retroactiva ordenadas por sentencia judicial.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad, solicita que a título de restablecimiento del derecho se ordene al Departamento de Bolívar, reconozca y pague la sanción moratoria legal establecida por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de forma retroactiva, en los términos de la ley 244 de 1995.

2. HECHOS

A continuación, se resumen los narrados en la demanda así:

La señora Lorenza Martínez de Carrillo, laboró como empleada pública en la ESE Hospital San Pablo de Cartagena, mediante una relación legal y



reglamentaria, desde el 17 de septiembre de 1984 hasta el día 01 de noviembre de 2004.

Por haberse vinculado a la ESE, antes de la vigencia de la ley 100 de 1993, es beneficiaria del régimen tradicional de cesantías retroactivas; por lo que presento demanda de nulidad y restablecimiento del derecho por el no pago de las cesantías de forma retroactiva.

Estando en curso el proceso en cual se pretendía el pago de las cesantías de forma retroactiva, en el Juzgado Primero Administrativo de Cartagena, la ESE, por medio de resolución n° 291 de noviembre del 2008, reconoció la liquidación y pago de las cesantías de forma retroactiva a la señora Lorenza Martínez de Carrillo.

El pago de las cesantías de forma retroactiva al cual tenía derecho la actora, no fueron canceladas de forma completa; por medio de providencia de fecha 31 de octubre del 2012, el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Cartagena, reconoció parcialmente las pretensiones de la demanda y en ella se ordenó cancelar de forma retroactiva las cesantías de la demandada.

La providencia quedo ejecutoriada el día 05 de febrero de 2013, en virtud de lo cual, se presentó ante esa entidad el día 04 de marzo de 2013, solicitud de pago de la sentencia.

Por disposición de la ley 244 de 1995, la ESE, asumida por el Departamento de Bolívar tenía un término de 45 días para hacer el pago contados desde la notificación del acto administrativo de reconocimiento, es decir, el día 05 de febrero del 2013, fecha a partir de lo cual deben empezar a contar los 45 días que tiene la entidad para liquidar y cancelar las cesantías definitivas; término que se venció el día 22 de marzo de 2013; así las cosas, desde esta fecha se empieza a deber la sanción moratoria la cual debe liquidarse hasta el día 10 de marzo de 2015, fecha en la que fue cancelada de forma definitiva las cesantías de forma retroactiva de la actora.

Por medio de la Resolución N° 1721 de 30 de diciembre de 2014, el Departamento de Bolívar, reconoció como pago la suma de % 17.699.254, pago que hizo efectivo solo hasta el día 10 de marzo de 2015, es decir, pasado 1 año, 11 meses, 18 días; para un total de 713 días en mora, situación que genera el pago de la sanción moratoria por el no pago de la prestación reclamada.



El día 05 de mayo de 2015, se solicitó al Departamento de Bolívar, el pago de la sanción moratoria por no pago oportuno de las cesantías de forma retroactiva; el Departamento por medio de comunicación de fecha 28 de mayo de 2015, manifiesto que no reconocía el pago de la sanción moratoria por no pago oportuno de las cesantías.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Invoca en su demanda como sustento de sus pretensiones las siguientes normas de orden constitucional y legal:

Constitucionales:

Artículos 2, 11, 13, 25, 48, 53 y 58.

Normas Legales:

- Ley 6 de 1945.
- Decreto 2567 de 1946.
- Decreto 1160 de 1947.
- Ley 244 de 1995.

4. POSICIÓN DE LAS PARTES

4.1. La parte demandante.

En su concepto de violación manifiesta que el acto demandado, viola de manera manifiesta y ostensible las normas constitucionales y legales; que la actora es beneficiaria del régimen de retroactividad de las cesantías, y puesto que cumplió con los requisitos legales para su reconocimiento y pago, constituye un derecho adquirido por esta, derecho que, al ser desconocido, por la entidad, al no acatar el fallo que lo reconoce, quedó desprotegido.

Que la actora para el reconocimiento de la prestación fue necesaria presentar una acción judicial, la cual terminó con providencia favorable, pero -a pesar de esto- la entidad encargada de realizar el pago de las cesantías en los términos legales no lo ha ejecutado dentro del término legal, situación que constituyen una violación de forma directa del derecho invocado consistente al pago de prestación social, denominado cesantías de forma retroactiva; como no se ha dado cumplimiento al fallo judicial



dentro del término legal para la liquidación y pago de la cesantías se ha generado el pago de una sanción moratoria.

Expone que la negativa al pago de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías de forma retroactiva dentro del término legal constituye una violación directa de las normas invocadas, por lo que solicita su nulidad.

4.2. Parte demandada.

La Gobernación de Bolívar, en síntesis, contestó lo siguiente:

Se resiste a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en contra Departamento de Bolívar, alegando que carecen de fundamentos facticos y jurídicos; que en ningún momento se ha violado los derechos de la demandante, ya que se está aplicando el régimen legal a que se encuentra sujeta.

5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el día 14 de diciembre de 2015, paso seguido se repartió entre los Juzgados Administrativos de Bolívar, correspondiéndole Juzgado 5 Administrativo de Cartagena, que mediante auto fechado 29 de enero de 2016 declaró la falta de competencia y ordenó remitirlo a la Oficina Judicial para que efectuara el reparto entre los Magistrados del Tribunal Administrativo de Bolívar. Correspondiéndole al despacho nº 001, el cual, mediante auto de 31 de agosto de 2016, admitió la demanda y ordenó la notificación de la misma a la entidad demandada. La admisión de la demanda fue notificada personalmente según consta en folios 15.

Vencido el traslado de la demanda, a través de proveído del 24 de julio de 2017, se fijó el día 05 de octubre de 2017, para llevar a cabo audiencia inicial. La audiencia en aplicación a lo señalado en el artículo 180 del C.P.A.C.A, se desarrolló en las etapas de saneamiento, excepciones previas, fijación de litigio, decreto de pruebas, posibilidades de conciliación. En la etapa de saneamiento, se concluyó que no había irregularidades dentro del desarrollo del proceso. El litigio se fijó en los siguientes términos: *"el problema jurídico consiste en determinar si la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la nación moratoria por el no pago de las cesantías retroactivas ordenadas en la sentencia fechada 31 de octubre de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena."*

En esa diligencia, se ordenó correr traslado a las partes por el término de diez (10) días, para que presentaran sus alegatos por escrito. Dentro de



dicho término solo la parte demandada, presentó sus alegaciones. El señor Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

- Competencia.

Es competente este tribunal para conocer del presente proceso en primera instancia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 152, numeral 2 de la ley 1437 de 2011.

- Excepciones.

Sin excepciones que resolver.

- Problema jurídico.

Tal como se dispuso en la fijación del litigio, el debate se centra en determinar si la señora Lorenza Martínez de Carrillo, tiene derecho a que el Departamento de Bolívar, le reconozca y pague la sanción moratoria establecida en la ley 244 de 1995, por el no pago de las cesantías definitivas ordenadas en la orden judicial emitida por el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena.

- Tesis.

La Sala rectifica su posición en tema de la sanción moratoria por el no pago y/o pago tardío de las cesantías definitivas, en el sentido de que no tiene derecho a la sanción que establece la ley 244 de 1995, el servidor que haga parte del régimen de cesantías retroactivas, tal y como lo ha definido la jurisprudencia contenciosa, como ocurre en el presente caso, por lo cual se niegan las pretensiones.

- Marco normativo y jurisprudencial.

Cesantías, concepto y Marco Normativo.

El auxilio de cesantías es una prestación social establecida por la Ley con el fin de amparar al empleado cuando este quede cesante o desempleado. Esta prestación está a cargo del empleador, quien tiene la obligación de reconocérselas a sus trabajadores al terminar la relación laboral, en caso que no hayan sido depositadas en un fondo privado, según lo establece la



ley. Además, se constituye en un ahorro disponible para eventos en los que el trabajador necesite invertir en educación, caso o desempleo.

Como marco normativo se tiene que las disposiciones más relevantes en la materia son:

- Ley 6ª de 1945, artículo 17, literal a) estableció por primera vez para los empleados y obreros nacionales de carácter permanente el auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero teniendo en cuenta sólo los servicios prestados con posterioridad al 1º de enero de 1942.

- Ley 65 de 1946, dispuso: *"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 a auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera sea la causa del retiro"*

- Los Decretos 2567 de 1946 y 1160 de 1947 establecieron los parámetros a tener en cuenta al momento de realizar la liquidación de las cesantías.

- 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, liquidarán 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.

En el artículo 33 ibídem, se establecieron intereses en favor de los trabajadores, 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**¹.

Así, con la expedición del Decreto 3118 de 1968, se da comienzo, en el sector público, especialmente en la Rama Ejecutiva Nacional, al desmonte

¹ "Por la cual se modifica el Decreto ley 1253 de 1975 y se dictan otras disposiciones".



de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual. El pago de intereses a cargo del Fondo Nacional de Ahorro, se previó para proteger dicha prestación de la depreciación monetaria.

En el orden territorial, el auxilio de cesantía continuó bajo los parámetros de la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, que consagran su pago en forma retroactiva.

La Ley 50 de 1990 modificó el sistema de liquidación, reconocimiento y pago de cesantías en el sector privado, a través de los llamados fondos de cesantías, se estableció el régimen anualizado de liquidación de cesantías y, en el numeral 3º, **la sanción moratoria** por la no consignación oportuna de tal auxilio, a los trabajadores a los fondos privados. Las características de este régimen anualizado se concretaron en el artículo 99 de la misma ley así:

"ARTICULO 99. El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: 1ª) 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.

2a.) 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.

*3a. 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 día de retardo.**" (...).*
(Negrillas de la Sala)

Se expidió luego, la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", que en su artículo 242 inciso tercero, estableció la siguiente prohibición: "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".

El artículo 13 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", estableció un nuevo régimen de liquidación anual de cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vincularan a los órganos y entidades del Estado,



cualquiera que fuera su nivel (nacional, departamental, municipal, o distrital).

Con la Ley 432 de 29 de enero de 1998, se estableció la obligación de afiliación al Fondo Nacional de Ahorro, para los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional y la posibilidad de que los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, hicieran lo propio. En lo referente a la transferencia de las cesantías de los servidores públicos, el artículo 6 ibídem, dispuso:

"ARTÍCULO 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 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 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 todas las entidades públicas será obligatorio incluir en sus presupuestos las partidas necesarias para atender las cesantías de la respectiva vigencia, como requisito indispensable para su presentación, trámite y aprobación por parte de la autoridad correspondiente.²

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

"Artículo 1º.- El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial 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 y

² Esta norma fue modificada por el artículo 193 del Decreto 19 de 10 de enero de 2012.



Radicado: 13-001-33-33-000-2016-00246-00
Demandante: LORENZA MARTÍNEZ DE CARRILLO

104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1.990; 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 1.998.

Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional del 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".

Por su parte, la Ley 244 de 29 de diciembre de 1995, fijó los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos de los órganos y entidades del estado y estableció sanciones, por la mora en el pago de dicha prestación, así:

"ARTÍCULO 1° 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 2° La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

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."

Finalmente, el artículo 1° 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, tendrían derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y 432 de 1998, según el caso.

Y el artículo 2 ibídem, señaló que los servidores públicos que, a la fecha de 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.



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 cubre 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.³

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.

Sobre el principio de inescindibilidad el Consejo de Estado, ha dicho:

*"No obstante, al principio de favorabilidad aplicado por el a quo le secunda el principio de inescindibilidad de la Ley, en virtud del cual **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**"*⁴

(Negrilla de la Sala)"

- **Caso concreto.**

Del silencio administrativo negativo

³ 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.

⁴ Consejo de Estado C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 8 de mayo de 2008. Expediente 1371-07.



Radicado: 13-001-33-33-000-2016-00246-00
Demandante: LORENZA MARTÍNEZ DE CARRILLO

Obra en el expediente copia de la petición presentada el 05 de mayo de 2015, por la actora, a través de apoderado judicial ante el Departamento de Bolívar, por medio del cual se solicita que se liquide y ordene el pago de la sanción moratoria legal establecida por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de forma retroactiva, en los términos de la ley 244 de 1995.

Así mismo obra oficio n° GOBOL-15-013064, fechado mayo 28 de 2015, emitido por el Secretario de Hacienda de la Gobernación del Bolívar, referenciado respuesta a petición radicada en fecha 05 de mayo de 2015 sobre pago de sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de la señora Lorenza Martínez de Carrillo..., en la que resuelven que *"... la gobernación no tiene injerencia, que en su momento debió solicitarlo a la ESE Hospital San Pablo de Cartagena en liquidación, entidad que gozaba de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa o en sede judicial... no sin antes advertir que este documento no constituye un acto administrativo de carácter particular y concreto..."*

Por lo anterior, en principio se podría considerar que existió un acto ficto o presunto; sin embargo, dicha respuesta no se constituye como un acto⁵ administrativo, debido a que no resuelve, modifica o extingue una situación jurídica.

En ese orden de ideas, conforme lo prevé el artículo 83 del CPACA, transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

La demanda fue presentada el 14 de diciembre de 2015 (fol. 1), es decir, pasados más de tres meses lo cual implica que el silencio administrativo operó y que, al tenor de lo dispuesto en el literal d) del numeral 1° del artículo 164 ídem podía acudir a la administración en cualquier tiempo.

En tales condiciones cabe razón al demandante en exponer que en el presente caso operó silencio administrativo negativo, lo cual resulta necesario a fin de permitir que se profiera la decisión de fondo.

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejero ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO Bogotá D.C., doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-27-000-2013-00007-00 (19950) Actor: JORGE ENRIQUE ROBLEDO CASTILLO Y OTROS Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

"...El acto administrativo, como expresión de la voluntad administrativa unilateral encaminada a producir efectos jurídicos a nivel general y/o particular y concreto, se forma por la concurrencia de elementos de tipo subjetivo (órgano competente), objetivo (presupuestos de hecho a partir de un contenido en el que se identifique objeto, causa, motivo y finalidad, y elementos esenciales referidos a la efectiva expresión de una voluntad unilateral emitida en ejercicio de la función administrativa) y formal (procedimiento de expedición). Sin tales elementos el acto no sería tal...."



Radicado: 13-001-33-33-000-2016-00246-00
Demandante: LORENZA MARTÍNEZ DE CARRILLO

En lo referente al caso concreto, se encuentra acreditado en la actora, mediante providencia calendada 31 de octubre de 2012, expedida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena de Indias, resolvió dentro del proceso radicado n° 13001-33-31-008-2006-00060-00, donde fungía como demandante la señora Lorenza Martínez de Carrillo y como demandado – ESE Hospital San Pablo de Cartagena – Departamento de Bolívar, la nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo respecto de la petición de reconocimiento y pago de cesantías retroactivas presentada el 16 de marzo de 2006 y ordenó a las accionadas reconocer y pagar a la demandante el auxilio de cesantías por el retiro en forma retroactiva, que dando ejecutoriada el día 05 de febrero de 2013 (25-43).

A través de Resolución n° 1713 del 30 de diciembre de 2014, notificada a la actora el día 31 del mismo mes y año, la Secretaria de Hacienda del Departamento de Bolívar, reconoce a la demandante la suma de \$ 6.200.785.62, en cumplimiento de la orden judicial proferida del Tribunal Administrativo de Bolívar en fecha 21 de marzo de 2013 dentro del proceso N° 13001-33-31-001-2007-00063-00.

Como se ya se expuso la actora laboró en ESE Hospital de San Pablo de Cartagena.

Igualmente, está acreditado que la demandante se encuentra en el sistema retroactivo de cesantías, el cual consiste en que 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. Esta afirmación se hace según la fecha de ingreso del actor, por lo expuesto en la sentencia proferida por el Juzgado Segundo de Descongestión de Cartagena y además no hay prueba que demuestre lo contrario.

En ese orden, se tiene que el régimen de cesantías aplicable se encuentra regulado en la Ley 6ª de 1945, que, conforme a las normas aplicables a los servidores públicos, no existe remisión expresa, a la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, de ahí que resulta inaplicable, en virtud del principio de inescindibilidad, y esto solo consiste en que las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses⁶.

⁶ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá, diecisiete (17) de octubre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 70001-23-31-000-2004-01104-03(1090-17). Actor: AUGUSTO ANTONIO SIERRA ESTRADA. Demandado: MUNICIPIO DE SAMPUÉS, SUCRE. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA/DECRETO 01 DE 1984.



Radicado: 13-001-33-33-000-2016-00246-00
Demandante: LORENZA MARTÍNEZ DE CARRILLO

La anterior afirmación viene reiterada en la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷ en la que se puede extraer:

"Por todo lo anterior, no es viable el reconocimiento y pago de la sanción reclamada por la consignación tardía de las cesantías, por cuanto se trata de una prerrogativa consagrada por la ley para los trabajadores afiliados al régimen de cesantías anualizado, de conformidad con lo previsto por la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, las cuales contemplan una sanción moratoria que se configura por el incumplimiento del empleador en el reconocimiento de las cesantías o por el pago que se hiciera de manera tardía directamente al empleado afiliado, cuando solicita su retiro parcial o definitivo, y no por la omisión en la consignación en el fondo privado de cesantías."

Así las cosas, es claro que la señora Lorenza Martínez Carrillo, no tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria reclamada, por cuanto el régimen de cesantías aplicables es el retroactivo, situación suficiente para no acceder a sus pretensiones, ya que no es factible como lo pretende el mismo, aplicarle los beneficios legales, establecidos en el régimen de liquidación de cesantías por anualidad, creador por la Ley 50 de 1990, por cuanto comportan situaciones diferentes y se violaría el principio de inescindibilidad ya mencionado.

En razón a las anteriores consideraciones, esta Sala rectifica su decisión en relación con el derecho a la sanción moratoria por el no pago y/o pago tardío de las cesantías definitivas de los servidores que hagan parte el régimen de cesantías retroactivas, para en su lugar disponer que los que hagan parte de ese régimen no tiene derecho a dicha sanción, tal y como se explicó en esta providencia.

Conforme todo lo anteriormente expuesto, es evidente para la Sala, que el acto administrativo acusado, no viola las disposiciones constitucionales y legales invocadas por la parte demandante, por cuanto, la actividad desarrollado por el Departamento de Bolívar, alrededor del trámite de los auxilios de

"Ahora bien, la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías a un fondo administrador de estas no se predica sino para quienes pertenecen al sistema de cesantías anualizadas, por lo tanto, no es fundamentada la pretensión de solicitar la penalidad de un día de salario por cada día de retardo, que es propia del régimen anualizado de cesantías cuando es claro e inequívoco que el señor Augusto Antonio Sierra Estrada pertenece al retroactivo.

...

De igual forma, se indica que no es posible acceder al restablecimiento del derecho, en lo relativo al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías de los años 1995 a 2004 por cuanto es una penalidad establecida para el régimen anualizado de las cesantías."

⁷ ONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 08001-23-33-000-2016-00565-01(2182-18). Actor: NEILA ISABEL PARDO DE CASTILLO. Demandado: MUNICIPIO DE SABANALARGA – ATLÁNTICO. Referencia: SANCIÓN MORATORIA POR EL RETARDO EN LA CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS EN FORMA ANUALIZADA.



cesantías de la actora, no configura de manera alguna la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1999; por ende, se mantiene incólume la presunción de legalidad que reviste al acto acusado

Costas

Aplica la Sala el artículo 188 CPACA que en materia de condena en costas remite a las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, cuyo artículo 365 señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Conforme al artículo 361 del C.G.P., las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho. De ahí que para determinar estas últimas es necesario acudir a lo establecido en el numeral 3.1.2. del artículo 6 del Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el H. Consejo Superior de la Judicatura que fija para los procesos ordinarios que se adelanten ante la Jurisdicción Contenciosa en primera instancia con cuantía hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

En relación al criterio adoptado por el Honorable Consejo de Estado frente a la imposición de la condena en costas, se debe precisar que a pesar de ser objetivo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el Juez revise si las mismas se causaron, tal y como lo ordena el artículo 365 del C.G.P. (Consejo de Estado-Sección Segunda, sentencia proferida el 16 de abril de 2015, dentro del proceso radicado bajo el No. 25000-23-24-000-2012-00446-01, M.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala).

En ese sentido, se condenará en costas a la parte vencida, esto es, a la parte actora, para lo cual se adelantará el trámite previsto en los Arts. 365 y 366 del C.G.P., y aplicando lo dispuesto en el numeral 3.1.2. del artículo 6 del Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el H. Consejo Superior de la Judicatura; se fijan como agencias en derecho el 1%, de las pretensiones negadas, la cual serán liquidadas por secretaria.

7. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión fija nº 001 administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

FALLA:



Radicado: 13-001-33-33-000-2016-00246-00
Demandante: LORENZA MARTÍNEZ DE CARRILLO

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la parte demandante, liquídense por secretaria.

TERCERO: Notifíquese esta sentencia, en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

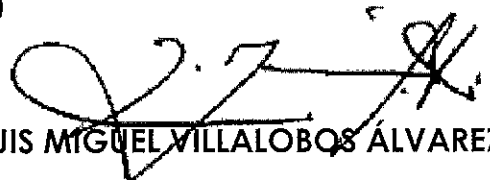
Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha -

LOS MAGISTRADOS

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.

(Ponente)


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

04-12
1971

07-10
1971

07-12

1-1-71