

Cartagena de Indias D, T y C, veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

I. RADICACIÓN, IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y DE LAS PARTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-23-33-000-2019-00183-00
Demandante	ROSA ISABEL TORRES DE HOYOS
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FOMAG
Tema	SANCION MORATORIA
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

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 ROSA ISABEL TORRES DE HOYOS, contra la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

III. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹.

1.1. PRETENSIONES.

Se declare la nulidad parcial de la Resolución Nro. 5472 del 17 de agosto de 2018, expedida por la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena, por la cual se reconoció el reajuste de unas cesantías definitivas, pero se omitió el reconocimiento de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, por no haber incluido la prima de servicios como factor salarial para liquidar las cesantías definitivas de la demandante.

¹ Folios 1 - 9

A título de restablecimiento del derecho se declare el derecho de la demandante al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no haber incluido la prima de servicios como factor salarial para liquidar las cesantías definitivas; sumas que deberán ser reajustadas tomando como base el índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía hasta el momento de ejecutoria de la sentencia.

1.2. HECHOS

La demandante se desempeñó como Docente en la Institución Educativa Salim Bechara por más de 39 años.

Mediante Resolución No. 3941 de 25 de mayo de 2015, le fueron reconocidas a la accionante sus cesantías definitivas, sin tener en cuenta la prima de servicios como factor salarial.

El 26 de enero de 2018 solicitó la inclusión de la prima de servicios en la liquidación de sus cesantías definitivas, y la sanción moratoria por el no pago oportuno; siendo resuelta mediante Resolución No. 5472 de 17 de agosto de 2018, ordenando la inclusión del factor salarial, pero negando la sanción moratoria.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CARGOS DE NULIDAD.

Considera la demandante que se violan las siguientes normas: Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2015.

Concepto de violación: Manifiesta la demandante que el acto administrativo que niega las pretensiones infringe las normas en las que debía fundarse, pues habiéndose producido la mora en el pago de las cesantías con la inclusión de la prima de servicios como factor salarial, se niega el reconocimiento de pago de la sanción moratoria según lo establecido en la Ley 244 de 1995. De igual manera manifiesta que al no haberse pagado en forma oportuna la totalidad de sus cesantías, procede el pago de la sanción moratoria en voces de lo dispuesto en la Ley 1071 de 2005 en su artículo 5.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

En el desarrollo del proceso, se cumplieron todas las etapas procesales, tales como: admisión de la demanda (Fls. 28 - 30), notificación a las partes (Fls. 38 - 39).

En curso de la audiencia inicial, se desarrollaron las etapas previstas en el artículo 180 del CPACA (Fls.63-64 y 203 - 207), dentro de la se prescinde por innecesaria de la audiencia de pruebas y se corre traslado a las partes para que por escrito aleguen de conclusión y al Ministerio Público para que si a bien lo tiene emita concepto. (Fls. 82 - 85)

La parte demandante recorrió el traslado reiterando lo expuesto en el libelo demandatorio (Fls. 88 - 89).

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

El apoderado de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, señalando en esencia lo siguiente:

Sostuvo que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales es quien tiene la función encomendada del pago de las prestaciones, sin embargo, se diseñó un trámite en el que las secretarías son encomendadas en la expedición del acto, y gestión de solicitudes en general, y por otro lado, se encarga a una sociedad fiduciaria (FIDUPREVISORA S.A) la administración de los recursos del Fondo y el pago de las prestaciones sociales.

Afirma que la FIDUPREVISORA, procede con los pagos, luego de contar con el acto administrativo de reconocimiento emitido por la Secretaría de Educación y según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; es decir el pago se realiza cuando existe la disponibilidad presupuestal en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de resoluciones, tal y como se sostuvo en la Circular 01 de 23 de

abril de 2002, expedida por el Consejo Directivo del Fondo, atendiendo a la Sentencia SU - 014 del 23 de enero de 2001.

De igual forma manifestó que el acto acusado se presume legal, y la parte demandante no acreditó siquiera sumariamente que este haya sido expedido con infracción de la ley, o sin competencia, en forma irregular, e con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación o desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió. (Fls. 61 - 67)

IV. CONTROL DE LEGALIDAD.

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V. 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 jurídico.

De conformidad con los planteamientos expuestos en la demanda y lo probado en el proceso, la Sala considera que el problema jurídico a resolver se contrae a determinar:

¿Tiene derecho la demandante a que se reconozca y pague la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, derivada del no pago oportuno de sus cesantías definitivas, causadas con ocasión de su desempeño como docente, teniendo en cuenta que la demandante pertenece al régimen de liquidación retroactiva de dicha prestación social?

3. Tesis de la sala.

La Sala de Decisión NEGARA las pretensiones de la demanda, toda vez que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria reclamada, por cuanto el régimen de cesantías aplicable es el retroactivo, no siendo factible como lo pretende la misma, aplicarle los beneficios legales establecidos en el régimen de liquidación de cesantías por anualidad, creado por la Ley 244 de 1995, ya que comportan situaciones diferentes y se violaría el principio de inescindibilidad.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

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 1° 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 1° 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 3° de la Ley 41 de 11 de diciembre de 1975**².

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

² "Por la cual se modifica el Decreto ley 1253 de 1975 y se dictan otras disposiciones".

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: 1º) 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 extraordinarios 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. - Tránsito 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.”³

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, 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 1.996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102 y 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 6º 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:

³ Esta norma fue modificada por el artículo 193 del Decreto 19 de 10 de enero de 2012.



“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 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 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, 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 2º 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.⁴

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

⁴ 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.

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”⁵
(Negrilla de la Sala)

Conforme a lo expuesto en precedencia, procederá la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

5. EL CASO CONCRETO.

5.1. Hechos relevantes probados.

- Conforme al FORMATO ÚNICO PARA LA EXPEDICIÓN DE CERTIFICADO DE HISTORIA LABORAL de fecha 22 de noviembre de 2017, la señora ROSA ISABEL TORRES DE HOYOS se encontraba vinculada como docente desde el 25 de marzo de 1975 hasta el 3 de febrero de 2015, siendo el último establecimiento educativo donde laboró la INSTITUCIÓN EDUCATIVA SALIM BECHARA; pertenecía al régimen retroactivo de cesantías y al régimen nacionalizado de pensiones (Fl. 23).

- La Secretaría de Educación Distrital de Cartagena le reconoció unas cesantías definitivas a la demandante mediante Resolución No. 3941 de 25 de mayo de 2015, en la suma de \$66.218.634 (Fls.19 - 21).

- Mediante Resolución No. 5472 de 17 de agosto de 2018, la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena revisó las cesantías definitivas de la actora, toda vez que no se tuvo en cuenta la Prima de Servicios, ordenando el reajuste de la cesantía con la inclusión de dicho factor salarial, lo que generó la diferencia de \$2.667.280 en favor de la demandante (Fls. 11 - 13).

⁵ Consejo de Estado C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 8 de mayo de 2008. Expediente 1371-07.

5.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente asunto, pretende la parte demandante la nulidad parcial de la Resolución Nro. 5472 del 17 de agosto de 2018, expedida por la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena, por la cual se reconoció el reajuste de unas cesantías definitivas, pero se omitió el reconocimiento de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006; y en su lugar se reconozca dicha sanción moratoria desde que se radicó la solicitud de la cesantía definitiva hasta que se efectúe el pago completo de esta prestación.

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda en razón a que el acto acusado se presume legal, no acreditando la parte demandante siquiera sumariamente que este haya sido expedido con infracción de la ley, o sin competencia, en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación o desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

En este contexto procede la Sala a resolver el problema jurídico plantado, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados.

En el sub judice, se encuentra acreditado que la señora ROSA ISABEL TORRES DE HOYOS se encontraba vinculada como docente desde el 25 de marzo de 1975 hasta el 3 de febrero de 2015, siendo el último establecimiento educativo donde laboró la INSTITUCIÓN EDUCATIVA SALIM BECHARA; y pertenecía al régimen retroactivo de cesantías y al régimen nacionalizado de pensiones.

La Secretaría de Educación Distrital de Cartagena le reconoció unas cesantías definitivas a la demandante mediante Resolución No. 3941 de 25 de mayo de 2015, en la suma de \$66.218.634, y posteriormente, mediante Resolución No. 5472 de 17 de agosto de 2018, la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena revisó las cesantías definitivas de la actora, toda vez que no se tuvo en cuenta la Prima de Servicios, ordenando el reajuste de la

cesantía con la inclusión de dicho factor salarial, lo que generó la diferencia de \$2.667.280 en favor de la demandante.

En ese orden, se tiene que el régimen de cesantías aplicable a la demandante es el retroactivo, que se encuentra regulado en la Ley 6ª de 1945, y 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.

La anterior afirmación viene reiterada en la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷, en la que se precisó lo siguiente:

“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 hiciere de manera tardía directamente

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.

“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 CONSEJO 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.

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 ROSA ISABEL TORRES DE HOYOS, 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 la misma, aplicarle los beneficios legales establecidos en el régimen de liquidación de cesantías por anualidad, creado por la Ley 50 de 1990, por cuanto comportan situaciones diferentes y se violaría el principio de inescindibilidad ya mencionado.

Conforme 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 desarrollada por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, alrededor del trámite de las cesantías definitivas de la accionante, 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, razón por la cual se negaran las pretensiones de la demanda.

6. Condena en Costas.

La Sala de Decisión en virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código de General del Proceso.

En ese orden de ideas, se tiene que el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso; además el artículo 47 de la ley 2080 de 202, el cual adicionó el artículo 188 del CPACA, consagra que se dispondrá sobre la condena en costas, cuando se establezca que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal; como ocurre en el presente caso, respecto de la parte demandante; para lo cual se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite de la demanda, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada.

En ese sentido, se encuentra procedente la condena en costas en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría General de esta Corporación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

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

VI. FALLA

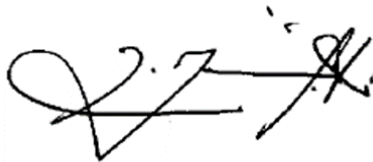
PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda instaurada en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por la señora ROSA ISABEL TORRES DE HOYOS, contra la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante; liquídense por la Secretaría General de esta Corporación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, según lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN