



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, veinticinco (25) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°:	70-001-33-31-003-2015-00022-00
Demandante:	Walberto Cuello Escudero.
Demandado:	Departamento de Sucre- Departamento Administrativo de Seguridad Social en Salud- DASSALUD.

Tema: Pagos de Cesantías – Cobro de lo no Debido

SENTENCIA N° 103

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA

1.1.1. Partes.

- Demandante: **WALBERTO CUELLO ESCUDERO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 6.810.069, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado: **DEPARTAMENTO DE SUCRE- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- DASSALUD.**

¹ Folio 12.del Expediente

1.1.2. PRETENSIONES.

PRIMERO: Que, se declare la nulidad del acto ficto o presunto del silencio administrativo negativo, por parte de la Gobernación de Sucre- Departamento Administrativo de Seguridad Social en Salud-DASSALUD, al no dar respuesta de la reclamación realizada el día 20 de septiembre de 2011.

SEGUNDO: Que, como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad accionada al reconocimiento y pago de los siguientes conceptos:

- Retroactividad de cesantías, teniendo en cuenta los factores salariales, consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.
- Reliquidación de la retroactividad de las cesantías.
- La prima técnica, prima de servicios y la bonificación por servicios prestados.
- Reliquidación de la prima de navidad y prima de vacaciones.
- Reliquidación del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornadas nocturnas o en días de descanso obligatorios.
- Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto Ley 710 de 1978.
- Reliquidación de la remuneración adicional de dos (2) días de asignación básica, de acuerdo a la Ley 52 de 1983.
- Reliquidación de los dominicales y feriados

TERCERO: Que, se le pague las cesantías con retroactividad desde su vinculación hasta el 31 de diciembre de 2010.

CUARTO: Que, se le cancele la diferencia entre la reliquidación del retroactivo de cesantías desde su vinculación hasta el 31 de diciembre de 2010.

QUINTO: Que, se le cancele con anterioridad a la declaratoria diferencias de la reliquidación de sus primas de navidad y servicio, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, horas extras, gastos de representación y la prima técnica, dominicales y feriados, auxilios de alimentación y transporte, los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión, cuando hayan recibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio,

las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas antes de la declaratoria de exequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, etc.

SEXTO: Que, se le pague los intereses moratorios a la tasa máxima sobre la suma de dinero correspondiente a las acreencias laborales, desde que se hicieron exigibles pero aún no pagadas hasta que se paguen efectivamente

SÉPTIMO: que se aplique la indexación de todas las acreencias laborales por prestaciones sociales de mi mandante.

OCTAVO: Condenar a la demandada al pago de las costas incluidas las agencias en derecho.

1.1.3. HECHOS.

Indica que, fue nombrado por el Ministerio de Salud, según certificado del Jefe de la División de Desarrollo de Personal del Ministerio de Salud de fecha 8 de agosto de 1995, en el cargo de Auxiliar Técnico, desde el 18 de enero de 1973 hasta el 15 de agosto de 1994.

Que, posteriormente, fue nombrado en el cargo de Auxiliar de Campo en la Unidad Administrativa Especial de Campañas Directas (Malaria) adscrita al Departamento Administrativo de Seguridad Social en Salud de Sucre hasta la fecha.

Relata que, la Administradora de Pensiones COLPENSIONES mediante Resolución N° 1554 del 03 de Enero de 2014, se le reconoció pensión de vejez.

Manifiesta que, era afiliado al Fondo Nacional del Ahorro con la modalidad de cesantías con retroactividad, desde su vinculación hasta la fecha, y aparece como beneficiario del Fondo del Pasivo Prestacional del Ministerio de Salud, con fecha 27 de Junio de 2001, pero ni se le han cancelado ni consignado sus cesantías con retroactividad en el Fondo Nacional del Ahorro y hasta la fecha no existe acuerdo de concurrencia de cada una de las partes involucradas en el proceso de descentralización, por lo que es la Secretaría Departamental de Salud la que tiene la obligación de cancelarle las cesantías con retroactividad desde 1973 hasta la fecha.

Señala que, es beneficiario del pasivo prestacional del Ministerio de Salud, pero hasta la fecha no se le han cancelado sus cesantías con retroactividad.

Que de acuerdo con el Art. 14 de la Ley 91 de 1989, se estableció que las cesantías parciales o anticipos de cesantías de los servidores públicos, sólo podrán reconocerse, liquidarse y pagarse cuando exista apropiación presupuestal disponible para tal efecto, sin perjuicio que en los presupuestos públicos anuales se incluyan las apropiaciones legales para estos efectos y para reducir el rezago entre el monto de solicitudes y los reconocimientos y pagos, cuando existan.

Expresa que, es titular del régimen de retroactividad de las cesantías, por estar vinculado antes de la Ley 10 de 1990, el cual se rige por las normas aplicables a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, es decir, los Decretos 1042 de 1978, 3135 de 1968, 1848 de 1968 y 1045 de 1978 y la Ley 10 de 1990 entre otros.

Narra que, se vinculó con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y por lo tanto el régimen que le es aplicable para la liquidación de sus cesantías, según el art. 30 de la Ley 10 de 1990 es el Decreto 3135 de 1968, régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional y por lo tanto, las mismas deben ser liquidadas de forma retroactiva.

Argumenta que, el Decreto 1919 de 2002 extendió el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos de la rama ejecutiva del nivel nacional, a los mismos empleados del nivel territorial, ello con el fin de unificar la legislación nacional y territorial sobre esta materia, cubriendo algunas prestaciones sociales de las que carecían los empleados públicos del nivel territorial, así pues, el mismo no se ocupa ni afecta el salario como es el caso de la prima de servicio.

Arguye que, se le desconoció su régimen de retroactividad de las cesantías a que tiene derecho por mandato legal, igualmente no se le tuvo en cuenta para la liquidación de está, los factores salariales que consagra el art. 45 del Decreto 1042 de 1978.

Refiere que, recibía la bonificación por antigüedad que consagran las normas legales vigentes hasta el año 2002, fecha en la cual entró en vigencia el Decreto 1919 de 2002, desconociendo los derechos adquiridos que consagran la Constitución y la normatividad, aplicados a los empleados y trabajadores del sector salud, como es la

Ley 10 de 1990, regulado por el Art. 58 del Decreto 1042 de 1978, Decreto 1252 de 2000

Dice que, de conformidad con los arts. 4 y 5 del Decreto 1399 de 1990, reglamentario de la Ley 10 de 1990, a los funcionarios que optaron por la incorporación, se les garantizó los derechos salariales y prestacionales adquiridos y se les aplicó el propio de la entidad a la cual se le hizo la nueva vinculación (*esto aplica para los nuevos funcionarios que se vincularan con posterioridad a la ley*)

Fundamenta lo anterior, en que el régimen anualizado de cesantías, entró en vigencia el 30 de diciembre de 1996, mediante la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, es decir, que los empleados con anterioridad a la vigencia de la ley referenciada gozan del régimen de la retroactividad de las cesantías que consagran las disposiciones legales vigentes, entre ellas, la Ley 1045 de 1978, la Ley 6ª de 1945, el Decreto 1160 de 1947, art 12 ley 4ª de 1992, ley 60 de 1993 y el Decreto 1252 del 2002 en su Art. 2º.

Por último relata que, en varias oportunidades, desde el momento en que se incorporó a la nueva planta de personal a la cual prestó sus servicios, ha solicitado todos los años el pago de sus cesantías retroactivas, pero la administración ha guardado silencio frente a su petición, por lo que le da derecho a iniciar la acción de nulidad y restablecimiento de derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos:

Artículos: 2, 11, 13, 25, 48, 53 y 58 Constitución Nacional.

ARTICULO 78 Ley 1438 de 2011 y su parágrafo, artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, Decreto Ley 710 de 1978, Ley 52 de 1983, artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, Ley 344 de 1996, Ley 244 de 1995, Ley 270 de 1996, introducido por el art 13 de la Ley 1285 de 2009, Ley 52 de 1983, Ley 10 de 1990, Decretos 1042 de 1978, 3135 y 1848 de 1968, art 4º y 5º del Decretom1399 de 1990, Decreto 1919 de 2002, Ley 100 de 1993, Decretos 174 y 230 de 1975, art 17 de la Ley 6ª de 1945, 1º del Decreto 2767 de 1945, 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, 2º y 6º del Decreto 1160 de 1947 y 2º del Decreto 1252 de 2002, Ley 50 de 1990, Ley 432 de 1998, art. 60 y 61 de la Ley 23

de 1991, art. 80 y 81 Ley 446 de julio 7 de 1998, Ley 640 de 2001 y Ley 1285 del 2009, y demás normas concordantes

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

En este punto se fundamenta en el artículo 1 de la Constitución Nacional, en donde prescribe que Colombia es un Estado Social de Derecho, y de acuerdo a la Sentencia T-426 de Junio 24 de 1992 *“El Estado Social de Derecho hace relación a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos de combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándole asistencia y protección...”* La protección brindada por el Estado Social de Derecho, la constituyen indudablemente las normas adjetivas y las herramientas jurídicas puestas a disposición de los gobernados para ser utilizadas en el evento en que las normas sustanciales creadoras de derechos sean desconocidas o transgredidas, tal y como se está haciendo en el presente caso. Por su parte el art. 2 de CN, en armonía con lo antes expuesto, tiene como fines esenciales del Estado, entre otros garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Manifiesta que, el artículo 4 de la carta magna, refiere que las normas constitucionales están por encima de otras normas. Además el artículo 13 de CN, pregona el derecho a la igualdad ante la ley y las autoridades, entendiendo este fundamental derecho por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia C-588 de noviembre 22 de 1992, lo siguiente *“Con arreglo al principio de igualdad, desaparecen los motivos de discriminación o preferencia entre las personas. Basta la condición de ser humano para merecer del Estado y de sus autoridades el pleno reconocimiento de la dignidad personal y la misma atención e igual protección que la otorgada a los demás”*. Este derecho ha sido desconocido por la demandada a través del Gobernador, pues no de otra manera se puede interpretar que, valiéndose de su posición, no reconozca derechos plenos y absolutos con claros y expresos fundamentos legales, como son las acreencias laborales de mi patrocinado.

El art. 25 de la CN, consagra el derecho al trabajo, entendido este en su concepción amplia, implica no solo la oportunidad de acceder a un puesto de trabajo, sino también y en forma esencial y lógica, a gozar de los beneficios que conlleva el trabajo, como es la retribución del mismo y el derecho a las prestaciones sociales que de manera connatural se desprenden de esta figura. Del sueldo o salario y sus

prestaciones, se posibilita llevar una vida digna, crear y sostener una familia igualmente en condiciones apreciables.

De manera que el trabajo no es gratuito y sus consecuencias están reglamentadas perfectamente por la ley, partiendo de la importancia que Constitución le da, especialmente en el texto constitucional enunciado. Es más el artículo 53 que conmina al Congreso para la expedición del estatuto del trabajo, condiciona a un mínimo de derecho de los trabajadores, entre los que se encuentra *“remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo... irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales... primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales...”*.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- El 16 de febrero de 2015, fue presentada en la oficina judicial la demanda.²
- La demanda fue admitida a través de auto de fecha 15 de abril de 2015³.
- La demanda fue notificada a las partes a través de correo electrónico el día 3 de junio de 2015.⁴
- La entidad demandada el Departamento de Sucre – Departamento Administrativo de Seguridad Social en Salud - DASSALUD, con fecha de 29 de julio de 2015, contestó la demanda dentro del término legal.⁵
- El día 21 de octubre de 2015, a través de Secretaría del Despacho, se corrió traslado de las excepciones presentadas por las entidades demandadas a la parte demandante.⁶
- A través de auto de fecha 15 de febrero de 2016, se fijó fecha a audiencia inicial⁷ para el día 9 de junio de 2016.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁸.

EL DEPARTAMENTO DE SUCRE – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - DASSALUD

² Folio 83 del expediente.

³ Folio 95 del expediente.

⁴ Folios 103-110 del expediente.

⁵ Folios 119-120 del expediente

⁶ Folio 129 del expediente

⁷ Folio 143 del expediente.

⁸ Folios 108-115 del expediente.

Por su parte, la entidad demandada se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto para acceder a ellas es necesario que el demandante pruebe cada uno de hechos alegados.

En su defensa alega que, la legislación es clara en cuanto al régimen aplicable a la liquidación de cesantía y los factores salariales que deben ser incluidos en el momento de realizarse la liquidación de las mismas y en ningún momento se le ha desconocido al demandante los derechos que pretende que se le reconozca mediante la presente demanda.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE⁹:

No presentó alegatos de conclusión en audiencia, por cuanto la parte demandante no se encontraba representada en la misma.

PARTE DEMANDADA - EL DEPARTAMENTO DE SUCRE – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - DASSALUD

Por su parte el apoderado de la entidad demandada, manifiesta que la ley 4 de 1992, en su artículo 4, el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales, serán fijadas por el gobierno nacional.

Alega que, el demandante hace una mala interpretación de la norma, pues la aplicación del decreto 1045 de 1978, al ser funcionario del Departamento de Sucre, no se le puede reconocer factores salariales, por cuanto solamente se le reconocen son a los funcionarios de carácter nacional.

Así las cosas, considera que el derecho invocado en la demanda, no debe ser reconocido, toda vez que, no hay fundamento jurídico ni legal.

⁹ Folio 117 del expediente

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en Primera Instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende la nulidad del acto ficto o presunto, como consecuencia del silencio administrativo negativo por la no contestación de la reclamación realizada el día 20 de septiembre de 2011, por parte de la Gobernación de Sucre- Departamento Administrativo de Seguridad Social en Salud - DASSALUD.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo a la fijación del litigio planteado en la audiencia inicial, se centra en determinar si la entidad demandada - Departamento de Sucre, debe realizar al demandante, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás derechos laborales dejados de cancelar como lo son: retroactividad de las cesantías y su reliquidación, la prima técnica, prima de servicio y la bonificación por servicio prestado, prima de navidad, prima de vacaciones, los incrementos por antigüedad, las reliquidaciones por valor del trabajo suplementario y del realizado en la jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y demás derecho deprecados en el libelo demandatorio.

Pues bien, para dar respuesta al anterior interrogante, es necesario establecer, si el señor Walberto Cuello Escudero, se le canceló durante el tiempo en que estuvo vinculado con el Departamento de Sucre, las cesantías en la modalidad con retroactividad, toda vez que en los hechos de la demanda, se centra en que nunca se le canceló las cesantía retroactiva, por lo que de ser posible favorable el pago de estas, se entraría a resolver la diferencia de la liquidación con la inclusión de las cesantías de los demás factores salariales.

De acuerdo a lo anterior, se abordara los siguientes temas: i) Régimen de cesantías aplicable a los empleados públicos ii) Régimen de cesantías de los servidores públicos del sector salud. iii) El caso concreto.

2.4. Régimen de cesantías aplicable a los empleados públicos.

La Ley 6ª de 1945 en el artículo 17 señaló que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1 de enero de 1942¹⁰.

Mediante el Decreto 2767 de 1945 se determinaron las prestaciones sociales de los empleados departamentales y municipales y, el artículo 1 les hizo extensivas las prestaciones consagradas por el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, lo cual incluyó el auxilio de cesantías¹¹. Y en el artículo 6 de la misma ley se señalaron las situaciones que se tendrían como despido para efectos de la liquidación del auxilio.

Por su parte, la Ley 65 de 20 de diciembre de 1946 modificó las disposiciones sobre cesantías y en el artículo 1 extendió dicho beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios y, el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946 dictó normas sobre prestaciones a favor de los empleados oficiales, y definió los parámetros para la liquidación de las cesantías¹².

El Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947 señaló el mismo derecho para los empleados al servicio de la Nación de cualquiera de las ramas del poder público, sin importar si se encontraban inscritos en carrera administrativa o no, y sea cual fuere la causa de su retiro.

¹⁰ ARTICULO 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a).Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1o. de enero de 1942. [...]

¹¹ Artículo 1.º Con las solas excepciones previstas en el presente decreto, los empleados y obreros al servicio de un Departamento, Intendencia, Comisaría o Municipio tiene derecho a la totalidad de las prestaciones señaladas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, y el artículo 11 del Decreto 1600 del mismo año para los empleados y obreros de la Nación. A la entidad que alegue estar comprendida en uno de los casos de excepción, de corresponderá probarlo.”

¹² El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la Nación, los Departamentos y los Municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses.

Este régimen de cesantías tenía un carácter retroactivo, por cuanto tenía en cuenta, para efectos de liquidar la prestación por todo el tiempo de servicio, el último sueldo devengado.

Mediante el Decreto 3118 de 1968 se creó el Fondo Nacional de Ahorro - FNA, como un establecimiento público, vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico. Dentro de sus objetivos, el artículo 2 señaló:

«(...)

- a. *Pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales;*
 - b. *Proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria, mediante el reconocimiento de intereses sobre las sumas acumuladas a favor del empleado o trabajador;*
 - c. *Contribuir a la solución del problema de vivienda de los servidores del Estado;*
 - d. *Contribuir a la mejor organización y funcionamiento de los sistemas de seguridad social y a la futura unificación de sus servicios;*
 - e. *Saldar el déficit actual por concepto de cesantías del sector público y establecer sistemas adecuados y reservas suficientes para atender oportunamente el pasivo a cargo del Estado por tal concepto, y*
 - f. *Promover el ahorro nacional y encauzarlo hacia la financiación no inflacionaria de proyectos de especial importancia para el desarrollo económico y social.*
- [...]

En el mencionado decreto se determinó que se debían liquidar y entregar al Fondo Nacional de Ahorro las cesantías de empleados públicos y trabajadores oficiales de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden Nacional, excepto las de los miembros de las Cámaras Legislativas, de los empleados de las mismas, de los miembros de las Fuerzas Militares, la Policía y el personal civil del ramo de la Defensa Nacional.

Respecto a la liquidación de las cesantías el artículo 27 del citado Decreto 3118 de 1968, señaló:

«(...) *Liquidaciones anuales. 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.

*La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador
(...)»*

Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 empezó en el sector público el desmonte de la llamada retroactividad de las cesantías para dar paso a un sistema de liquidación anual. Proceso que continuó con las disposiciones que modificaron la naturaleza y cobertura del Fondo Nacional del Ahorro (Ley 432 de 1998 y Decreto 1453 de 1998).

A su vez, la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996, en el artículo 13 señaló que a partir de su publicación, las personas que se vinculen a las entidades del Estado, tendrían un régimen anualizado de cesantías, en virtud del cual, la liquidación definitiva de las mismas debía realizarse el 31 de diciembre de cada año.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, reglamentario de la anterior, que hizo extensivo el régimen anualizado de cesantías para los empleados públicos de nivel territorial, e indicó que el régimen de los vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se hubieran afiliado a un fondo de cesantías, sería el contemplado en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

En el caso de aquellos 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 al previsto en dicha ley, 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 (...)»*

El postulado transcrito fue reiterado por el Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación jurisprudencial de 25 de agosto de 2016¹³, bajo los siguientes términos:

«(...)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 (...)»

Por su parte, el Decreto 1252 de 30 de junio de 2000 en el artículo 2, conservó el régimen de cesantías retroactivas para los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000 lo disfrutaban, hasta la terminación de la vinculación laboral.

En el mismo sentido, el Decreto 1919 de 27 de agosto de 2002, que extendió el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, a los servidores del orden territorial, en el artículo 3º previó: *«(...) Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000 (...)».*

En conclusión: Mediante la Ley 6ª de 1945 se creó para los empleados del orden nacional el régimen retroactivo de cesantías, el cual se hizo extensivo para los empleados territoriales y municipales a través del Decreto 2767 de 1945 y la Ley 65 de 1946. Este régimen se desmontó con la expedición del Decreto 3118 de 1968 que creó el Fondo Nacional del Ahorro y por la Ley 344 de 1996 que dieron paso a un sistema de liquidación anual de cesantías.

2.5 Régimen de cesantías de los servidores públicos del sector salud

En lo que respecta a los funcionarios del sector salud, el régimen aplicable corresponde al previsto en las Leyes 6 de 1945, 65 de 1946, el Decreto 3118 de 1968 y en especial lo previsto en el artículo 30 de la Ley 10 de 1993 que señala:

«(...) Régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos. Las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia del 25 de agosto de 2016, Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16, demandante: Yesenia Esther Hereira Castillo, demandado: Municipio de Soledad.

salud, aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios 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 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 (...)»

Igualmente, la Ley 60 de 1993 «*por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*», creó en su artículo 33 el Fondo Prestacional del Sector Salud para el pago del pasivo prestacional de los servidores de este sector, esta norma en su parágrafo 2 señala:

“(...) El Gobierno Nacional y los Gobiernos Departamentales, Distritales y Municipales podrán emitir bonos de reconocimiento u otros títulos de deuda pública para pagar el pasivo prestacional según reglamento que para el efecto se expida. Los pagos del pasivo prestacional por cesantías y pensiones podrán ser hechos a los fondos privados de cesantías y pensiones, a las cajas de previsión, al Instituto de los Seguros Sociales o a los fondos territoriales que para el efecto se creen, y en todos los casos se entenderá que en la fecha de los pagos del pasivo prestacional causado se interrumpe cualquier retroactividad con cargo a la Nación, a las entidades territoriales o a la entidad de prestación de servicios de salud que corresponda (...)”

Dicho fondo se creó como una cuenta especial de la Nación para garantizar el pago del pasivo prestacional a favor de los servidores pertenecientes a las entidades de salud del sector oficial, del subsector privado sostenido y administrado por el Estado, de las entidades de naturaleza jurídica indefinida pero igualmente sostenidas por el Estado, por concepto de cesantías, reservas para pensiones y pensiones de jubilación. La Ley 100 de 1993 se refirió igualmente al Fondo Prestacional del sector salud en su artículo 242 y aclaró que asumirá el costo adicional generado por concepto de la retroactividad de las cesantías del sector salud, en los siguientes términos:

“(...) 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, entiéndase por cesantías netas, las cesantías acumuladas menos las pagadas a 31 de diciembre de 1993 (...)»

Esta normativa fue reglamentada por el Decreto 530 de 1994 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.

De lo anterior se colige que: 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.

2. CASO CONCRETO:

De acuerdo con el material probatorio allegado al expediente, se encuentra acreditado que el señor Walberto Antonio Cuello Escudero, fue nombrado por el Ministerio de Salud el día 18 de enero de 1973 como auxilia de técnico código 4110, grado 05, tal como se puede evidenciar a folio 20 del expediente.

Que de acuerdo a la fecha de vinculación con la administración es beneficiario de la Ley 6ª de 1945, por lo que sus cesantías debían ser canceladas de acuerdo al último salario devengado, es decir las cesantías con el régimen de retroactividad.

Que mediante un contrato interadministrativo celebrado entre el ministerio de salud y el Departamento de Sucre, en el año 1994, se decidió nombrar al demandante en el cargo de supervisor auxiliar¹⁴.

¹⁴ Folio 138

Igualmente se puede evidenciar que posteriormente al nombramiento anterior, fue nombrado como Técnico Ocupacional, Código 440, en los años 1998 y 2004¹⁵.

Así mismo se observa que a folios 194 a 198 del expediente, la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, mediante resolución N° GNR 1554 del 3 de enero de 2014, le reconoció al demandante, el pago de una pensión de vejez, siendo retirado completamente de la prestación del servicio por decreto 0103 de 12 de febrero de 2014.

Ahora bien, al observar los hechos de la demanda, se tiene que, según el accionante no le fueron canceladas ni consignadas sus cesantías con retroactividad en el Fondo Nacional del Ahorro desde el año 1973, fecha en la que se vinculó con la administración pública; pero al observar el expediente administrativo allegado al proceso¹⁶, se tiene que, si le fueron canceladas en varias ocasiones las cesantías en la modalidad retroactiva de forma parcial, autorizadas todas ellas por parte de DASSALUD, entidad donde el accionante prestaba sus servicios.

Aquella autorizaciones fueron realizada mediante las resoluciones N° 0472 del 3 de marzo de 1997¹⁷; 0229 del 13 de febrero 1998¹⁸, 0469 de 8 de enero 1999¹⁹; 053 de 16 de febrero de 2000²⁰; 0453 de 22 de agosto de 2000²¹, resolución sin número de fecha 15 de marzo de 2002²²; y 0380 de octubre 2006²³, en la que se ordenaba al Fondo de Cesantía HORIZONTES, pagar al accionante sus cesantías parciales.

Lo anterior, permite concluir que al señor Walberto Antonio Cuello Escudero, se le cancelaron sus cesantías de acuerdo a la Ley 6ª de 1945, consignada en el fondo de cesantía horizonte.

Tanto así que, después de haber sido pensionado por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, el Departamento de Sucre el día 22 de mayo de 2014, expide la resolución N° 2613 de 2014, autorizando al fondo de cesantía PORVENIR S.A, pagar por concepto de cesantías definitivas al accionante la suma de \$ 5.989.366 e igualmente en esa misma fecha y mediante la resolución N°

¹⁵ Folio 186-186

¹⁶ Folio 174-2014

¹⁷ Folio 183

¹⁸ Folio 184

¹⁹ Folio 210

²⁰ Folio 211

²¹ Folio 212

²² Folio 213

²³ Folio 2014

2616, también se le autoriza a dicho fondo de cesantía, le cancele la suma de \$21.021.684, por igual concepto.

Por tanto, el accionante, no tiene derecho al pago de la cesantía con retroactividad, como tampoco al pago de la reliquidación de los demás factores salariales solicitados.

CONCLUSIÓN

En este orden de ideas, se considera que la respuesta al problema jurídico planteado es negativa, puesto al señor Walberto Antonio Cuello Escudero, no tiene derecho a que le cancelen su cesantía retroactiva, puesto que las mismas, ya fueron canceladas.

6. CONDENA EN COSTAS:

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones de los artículos 365 y 366 del C.G.P., y los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, en un porcentaje del 5%.

5. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NIÉGANSE las súplicas de la demanda, con fundamento en la parte motiva de este proveído

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas a la parte demandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P, las cuales serán liquidadas por Secretaría, en un porcentaje del 5%.

TERCERO: Ejecutoriado este fallo, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCÉLESE** su radicación, **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en al Sistema Informático.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS

JUEZ