



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

CONSEJERO PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014).

REF: EXPEDIENTE No. 130012331000200700199 01
NÚMERO INTERNO: 0253-2013
DEMANDANTE: CARMELA SÁNCHEZ ARROYO

Ha venido el proceso de la referencia con el Informe de Secretaría de la Sección Segunda de fecha 29 de noviembre de 2013, para Sentencia de Segunda Instancia.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia de 27 de abril de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que declaró no probada la excepción de caducidad, decretó de oficio la excepción de inepta demanda en relación con la solicitud de nulidad del Oficio de 30 de noviembre de 2006 y negó las demás súplicas de la demanda¹ incoada por Carmela Sánchez Arroyo contra la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación, el Departamento de Bolívar y la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

ANTECEDENTES

Por intermedio de apoderado judicial, la señora Carmela Sánchez Arroyo, presentó demanda encaminada a obtener la nulidad del Oficio sin número de 30 de noviembre de 2006, proferido por el Asesor Jurídico de la E.S.E. Hospital

¹ Mediante Auto de 9 de febrero de 2010, el Tribunal Administrativo de Bolívar inadmitió el escrito de corrección y adición de la demanda presentada por la actora (fis. 197 a 198).



Universitario de Cartagena en Liquidación, que negó a la actora el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y el Decreto 1572 de 1998, así como la indexación monetaria.

Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a las entidades demandadas en virtud del Convenio de Concurrencia No. 001 de 2005 suscrito por éstas, a reconocerle la sanción moratoria, a partir de la fecha de terminación de la relación laboral, como consecuencia de no efectuar la reliquidación del auxilio de cesantía definitiva y demás prestaciones sociales, ya que se dejó de aplicar la Sentencia C-1433 de 23 de octubre de 2000, que declaró inexecutable el artículo 2° de la Ley 547 de 2000 y ordenó el incremento salarial del 9.23% para los empleados públicos; pagar la indexación monetaria de los valores reajustados: salarios, cesantías, primas, vacaciones e indemnizaciones, reconocidos mediante la Resolución No. 090 de 19 de julio de 2006, a partir de la fecha de retiro del servicio; actualizar el valor de las condenas en los términos del artículo 178 del C.C.A., aplicando el Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

La señora Carmela Sánchez Arroyo laboró al servicio de la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación, desempeñando el cargo de Secretaria, desde el 1 de noviembre de 1978 hasta el 26 de febrero de 2000; la última asignación básica mensual fue de \$463.496 y el promedio de \$656.534.

La mencionada entidad no reconoció el incremento salarial del 9.23% que correspondía a los Empleados Públicos para el año 2000, omisión que afectó la liquidación de las cesantías definitivas, la indemnización y demás prestaciones laborales. Además, no ordenó el pago de las mencionadas acreencias en el plazo ordenado por la Ley.

Lo anterior desconoció la Sentencia C-1433 de 2000, proferida por la Corte Constitucional y, el Oficio de 5 de agosto de 2001, suscrito por el Coordinador General del Programa de Mejoramiento de los Servicios de Salud del entonces



Ministerio de Salud, a pesar de las múltiples reclamaciones que elevó la interesada.

Después de varios años, mediante la Resolución No. 090 de 19 de julio de 2006, la Empresa accionada ordenó el reconocimiento y pago de los aludidos conceptos, pero no se pronunció en relación con la sanción moratoria y la indexación a que había lugar.

Como consecuencia, el 24 de julio de 2006 la actora solicitó el pago de las mencionadas sumas, pero el Hospital Universitario de Cartagena negó esta petición, por medio del acto administrativo acusado.

La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento de Bolívar, el Distrito Turístico de Cartagena y el Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación, celebraron el Contrato de Concurrencia No. 001 de 2005 "(...) con el objeto de establecer el valor, los términos y mecanismos de pago de la concurrencia a cargo de dichas entidades (...)".

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, artículos 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 38, 58, 300, 334 y 366; Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales, Políticos y Culturales; Código Contencioso Administrativo, artículos 3, 6, 9, 43 a 48, 77 y 82; Ley 244 de 1995; Decreto 1572 de 1998.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, actuando por intermedio de apoderado, se opuso a las súplicas de la demanda con los siguientes argumentos (fls. 45 a 48):

La Ley 60 de 1993 creó el Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud para que la Nación colaborara en la financiación del pasivo pensional y de cesantías



causado hasta el 31 de diciembre de 1993; la Ley 715 de 2001 suprimió el referido Fondo y trasladó la responsabilidad financiera al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, entidad que profirió la Resolución No. 3965 de 13 de diciembre de 2007, reconociendo la deuda que por concepto de cesantías retroactivas se habían causado al 31 de diciembre de 1993.

En el caso del Departamento de Bolívar existía una deuda mixta, por los empleados que no estaban afiliados a ningún fondo de cesantías y por quienes lo hicieron al Fondo Nacional del Ahorro; para la financiación de estos últimos se están adelantando los trámites con el ente territorial y el aludido Fondo.

Precisó, que la entidad hospitalaria también demandada en su condición de empleadora, debe pagar los intereses de mora, la sanción moratoria y la indexación reclamada por la señora Carmela Sánchez Arroyo. En consecuencia, la vinculación del Ministerio no tiene fundamento legal.

Como excepciones propuso las siguientes: inexistencia de solidaridad o vínculo entre la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, falta de legitimación en la causa por pasiva e "inexistencia del demandado"; inexistencia del vínculo obligacional entre la demandante y el Ministerio; caducidad; y, las demás que se llegaren a probar en el transcurso del proceso.

Por último reiteró que, el Contrato de Concurrencia No. 001 de 2005, al que hizo relación la demandante, fue cancelado en su totalidad desde el 31 de octubre de 2005.

La E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación cuyo proceso liquidatorio afirmó ya fue concluido, actuando por intermedio de apoderado, contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones en los siguientes términos (fs. 119 a 132):

Sostuvo que por medio de la Resolución No. 090 de 19 de julio de 2006, la entidad demandada otorgó a la actora la suma de \$3.270.150 por concepto del incremento salarial para el año 2000, esto es el 9.23%, en cumplimiento de la Sentencia C-1433 de 2000, proferida por la Corte Constitucional. Sin embargo, no se ordenaron



los intereses de mora, la sanción moratoria, ni la indexación, ya que su pago no fue autorizado por el Decreto 2211 de 2004, que reguló el proceso de liquidación de la E.S.E., el cual en su artículo 44, únicamente previó la "compensación por la pérdida del poder adquisitivo".

Señaló que se trataba de derechos inciertos sobre los cuales no se podía pronunciar el liquidador, ya que el proceso de liquidación es de carácter concursal y ejecutivo, es decir que sólo es viable decidir sobre obligaciones claras, expresas y exigibles. Inclusive, la indexación monetaria y la sanción moratoria son excluyentes entre si y su reconocimiento no se adecúa a la naturaleza de estos procedimientos.

En caso de concluir que la indexación o la sanción moratoria son equiparables a la referida "compensación", se observa que estas pretensiones son extemporáneas, pues "(...) hasta la fecha los créditos fiscales y quirografarios reconocidos no han sido cancelados aún (...)", es decir que todavía no es momento de proceder a su pago, ni es seguro que queden recursos suficientes para hacerlo.

La demandante presentó reclamación laboral dentro del término previsto en el proceso liquidatorio, es decir, entre el 25 de agosto y el 22 de septiembre de 2003, por lo cual, el crédito se catalogó como "temporáneo".

El Agente Liquidador de la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena expidió las Resoluciones Números 053 de 16 de diciembre de 2003 y 057 de 30 de diciembre de 2003, frente a las cuales algunos interesados interpusieron recurso de reposición, que fue resuelto mediante la Resolución No. 036 de 30 de marzo de 2004; igualmente, las sumas adeudadas fueron pagadas a los acreedores en la medida de las posibilidades, de conformidad con la Ley 510 de 1999 y los Decretos 663 de 1993 y 2211 de 2004.

Como excepciones propuso las siguientes: pago; compensación; falta de derecho para pedir; cobro de lo no debido; falta de legitimación en la causa por pasiva; prescripción; improcedencia del reconocimiento de intereses; y, las que resulten probadas en el transcurso del proceso, de conformidad con los artículos 306 del C.P.C. y 164 del C.C.A.



De conformidad con el Auto de 23 de agosto de 2010, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el mencionado Departamento no contestó la demanda (fls. 204 a 209).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante Sentencia de 27 de abril de 2012, declaró no probada la excepción de caducidad, en los siguientes términos (fls. 273 a 280):

No se encuentra probada la excepción de caducidad, ya que el acto demandado se notificó el 30 de noviembre de 2006 y la demanda se presentó el 28 de marzo de 2007, es decir que no transcurrieron más de 4 meses entre estas actuaciones, por lo cual, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se presentó dentro del término establecido por el artículo 136 del C.C.A.

Para resolver, consideró pertinente el *A quo*, destacar que la Ley 100 de 1993 creó las Empresas Sociales del Estado como entidades descentralizadas, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, encargadas de prestar el servicio de salud; y, de conformidad con el Decreto 663 de 1993 y la Ley 715 de 2001 y son vigiladas por la Superintendencia de Salud.

En el presente caso está acreditado que la demandante estuvo vinculada a la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena y que el Gerente Liquidador expidió la Resolución No. 090 de 19 de julio de 2006, mediante la cual resolvió las peticiones de carácter laboral elevadas por la interesada, acto que se presume legal y no fue demandado en el *Sub lite*.

En efecto, por medio del citado acto a la actora se le reconoció el incremento salarial del 9.23% para el año 2000, en los términos ordenados por la Sentencia C-1433 de 2000, proferida por la Corte Constitucional. A su vez, en el Oficio acusado de 30 de noviembre de 2006 el señor Julián González Roa en su condición de Asesor Jurídico de la entidad demandada, hizo referencia al mencionado hecho e indicó que mediante las Resoluciones Números 053 de 16 de diciembre de 2003, 057 de 30 de diciembre de 2003 y 036 de 30 de marzo de



2004 se resolvieron todas las reclamaciones de los acreedores que concurrieron al proceso de liquidación.

Adujo que a través de la Escritura Pública No. 3982 de 19 de octubre de 2006, el Agente Liquidador de la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena confirió poder al señor Julián González Roa para representar la entidad en las actuaciones judiciales, pero no para resolver las peticiones laborales de los empleados.

Sin embargo, la anterior situación no significa que el Oficio demandado esté viciado de nulidad por haber sido expedido por funcionario incompetente, ya que éste no contiene una manifestación de voluntad de la administración encaminada a modificar una situación jurídica concreta, sino que se limitó a comunicar que las pretensiones de la señora Carmela Sánchez Arroyo ya habían sido resueltas por la Resolución No. 090 de 19 de julio de 2006, la cual adquirió firmeza y no fue recurrida por la interesada en vía administrativa o judicial como correspondía.

En este orden de ideas, en consonancia con el Auto de 17 de febrero de 2011, suscrito por la Sección Primera del Consejo de Estado, C.P. Dr. Marco Antonio Velilla Moreno,² que definió los conceptos de acto administrativo y de trámite, se encuentra probada de oficio la excepción de inepta demanda, por cuanto el Oficio enjuiciado no es un verdadero acto administrativo y, por lo tanto, no es susceptible de control jurisdiccional.

EL RECURSO

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión del *A quo* y expuso los motivos de inconformidad que a continuación se indican (fls. 282 a 284):

A juicio de la accionante, la decisión acusada es precaria porque no reúne los requisitos formales de todo acto administrativo, empero tiene valor y eficacia para darle esa categoría, pues ésta es "(...) la verdadera naturaleza jurídica, que implícitamente tiene de (sic) un simple escrito, que proviene de una entidad pública (...)".

² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno, 17 de febrero de 211. Radicación No. 25000-23-24-000-2009-00080-01 Actor: ADUANAS AVIA LTDA SIA.



En este orden, la ineptitud sustantiva de la demanda planteada por la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, es la tesis central de dicho fallo, así:

"De todo lo anterior se puede concluir que, el oficio demandado no puede ser tenido como un acto administrativo de carácter definitivo, ni siquiera como un acto administrativo de trámite, sino simplemente como un comunicado de información, pero como ya se estudió dicho oficio fue expedido por una persona que no estaba facultada para resolver la situación jurídica planteada en la vía administrativa, lo que no puede entender la Sala en estricto sentido como una falta de competencia para su expedición, lo que última (sic) podría generar es una causal de nulidad del acto por falta de competencia de quien lo expide, sino más bien que por el contenido del oficio, este no puede ser considerado como un acto administrativo propiamente dicho, y por ende no existe la posibilidad de realizar un estudio de fondo sobre la legalidad, razón por la cual esta Sala declarará probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda con relación a la solicitud de nulidad del oficio (sic) 30 de noviembre de 2006".

Sin embargo la actora resalta que el oficio 30 de noviembre de 2006, por su contenido, produce efectos reales a terceros, y transcribe la parte final del mismo que a la letra dice:

"... Por tal razón, en cuanto a lo solicitado en los numerales 1, 2, 3 y 4 de su escrito, no son procedentes en esta instancia, ya que dentro de las facultades legales del Liquidador, no se encuentran las de controvertir, dirimir y determinar la existencia de derechos que no contienen las características propia de un título ejecutivo, y mucho menos las que ofrezcan duda para su reconocimiento."

Pone de presente que del texto transcrito, al referirse puntualmente a los numerales 1, 2, 3 y 4, se está refiriendo sin duda alguna al reconocimiento y pago de los derechos reclamados a favor de la actora, es decir que se pronunció sobre derechos negados por la administración, por lo que ha generado efectos reales frente a derechos que pueden ser objeto de una acción judicial.

Así mismo dijo que aunado a lo anterior, el acto demandado se concluyó, diciendo: *"En los anteriores hemos dado respuesta a su solicitud, quedando agotada la vía gubernativa al tenor de lo señalado en los artículos 62 y 63 del C.C.A."*

Manifestó que no comparte la decisión del A quo, el acto administrativo demandado tiene eficacia para ser enjuiciado; además el Asesor Jurídico de la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena actuó con poder suficiente para expedir



el acto acusado, al tenor de lo dispuesto por la Resolución No. 003-03 de 25 de agosto de 3003 (sic), mediante la cual el Agente Liquidador lo facultó para resolver peticiones como las elevadas por la demandante.

Resaltó la actora que la parte demandada no objetó la "eficacia o validez" del Oficio enjuiciado para ser recurrido ante la Jurisdicción, es decir que aceptó que contenía una decisión de fondo, mediante la cual definió la situación planteada por la peticionaria. En consecuencia, el *A quo* erró al declarar de oficio la excepción de inepta demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado al rendir Concepto solicitó revocar la sentencia impugnada y, en su lugar, acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, con base en las siguientes consideraciones (fls. 296 a 303):

Señala que con fundamento en el Decreto 2418 de 1999, el Agente Liquidador profirió las Resoluciones Números 053 de 16 de diciembre de 2003, 057 de 30 de diciembre de 2003 y 036 de 30 de marzo de 2004, por medio de las cuales se pronunció en relación con las peticiones de carácter laboral elevadas por los empleados, quedando agotada la vía gubernativa, y con posterioridad se expidieron otros actos de carácter particular y concreto que resolvieron similares pretensiones; y de acuerdo con los Decretos 663 de 1993, 2211 de 2004 y la Ley 510 de 1999, los créditos fueron pagados con sujeción a la prelación prevista en los artículos 2495 del Código Civil y 35 de la Ley 50 de 1990.

Observó que en el acto enjuiciado se concluyó que las pretensiones de la actora fueron resueltas en la Resolución 090 de 19 de julio de 2006, razón por la que las negó. Además, en la Resolución No. 036 de 30 de marzo de 2004 el Agente Liquidador señala de forma expresa sobre el tema de la indemnización moratoria y la indexación, que: *"En cuanto a la indemnización moratoria de que trata el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 que supone el ingrediente de "mala fe" por parte del patrono conforme a lo*



establecido por vía jurisprudencial por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia es pertinente advertir que dicha disposición no es aplicable al caso que nos ocupa, ..."

Así, la entidad demandada negó el reconocimiento de la indemnización moratoria por considerar que el pago de las sumas adeudas se hizo oportunamente en atención al proceso de liquidación, es decir, que la decisión acusada constituye un verdadero acto administrativo y puede demandarse ante la Jurisdicción.

Señaló que la actora afirmó que la administración omitió efectuar el incremento del 9.23% de su salario base, lo cual repercutió negativamente en la liquidación de las cesantías y demás prestaciones sociales; sin embargo, las pretensiones se fundaron en la Ley 244 de 1995, es decir que únicamente reclama la sanción moratoria respecto de las cesantías definitivas que no fueron liquidadas en la Resolución No. 090 de 2006, pues las demás prestaciones no se pueden analizar bajo los supuestos de la citada norma.

La Empresa accionada, a través de la Resolución No. 0081 de 21 de marzo de 2000 le reconoció a la señora Carmela Sánchez Arroyo las cesantías definitivas, liquidadas con el 9% del incremento y no con el 9.23%, por lo que se le debe reconocer la sanción moratoria de la diferencia por el "tiempo siguiente", esto es el período comprendido entre el mes de marzo de 2000 y el 19 de julio de 2006, fecha en que se expidió la aludida Resolución No. 090, que efectuó el ajuste de la prestación por los meses en que se causó durante el año 2000, ya que se retiró del servicio el 26 de febrero de esa anualidad.

En este orden de ideas, la actora tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria proporcional hasta el año 2006.

En el *Sub lite* no operó la prescripción de los derechos reclamados, porque la demandante elevó la petición el 24 de julio de 2006, mientras que la entidad demandada reconoció el monto real de las cesantías definitivas el 19 de julio de 2006, fecha en que expidió la Resolución No. 090 y a partir de la cual se deben contabilizar los tres años para petitionar.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes



CONSIDERACIONES

Sobre la presunta ineptitud sustantiva de la demanda

El *A quo* se declaró inhibido para conocer el asunto, esbozando que la demanda era inepta por *"... el oficio demandado no puede ser tenido como un acto administrativo de carácter definitivo, ni siquiera como un acto administrativo de trámite, sino simplemente como una comunicación de información, pues como ya se estudió dicho oficio fue expedido por una persona que no estaba facultada para resolver la situación jurídica planteada en vía administrativa ..."*.

En efecto, el control jurisdiccional de las manifestaciones unilaterales de las autoridades públicas, o expresadas por los particulares en ejercicio de funciones de la misma entidad, procede cuando quiera que éstas contengan el elemento DECISION que trasciende en la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas.

En esta medida, será acto administrativo susceptible de control por la vía de las acciones contenciosas toda expresión de la voluntad que exteriorice efectos jurídicos, traducidos en la negativa de un derecho, su reconocimiento, su extinción o su modificación y en tanto puedan identificarse éstas características tendrá la connotación suficiente para ser controvertido jurisdiccionalmente.

Se observa a folios 19 y 20, copia de la solicitud formulada por el apoderado de la actora, la cual eleva petición de reconocimiento y pago de reliquidación de las cesantías y demás prestaciones sociales de los extrabajadores de la ESE Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación en los siguientes términos:

*" 1. Que la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN, se pronuncie sobre las peticiones de los **trabajadores oficiales y empleados públicos** tales como: a) Lo intereses de cesantías; b) La indexación monetaria de los conceptos reliquidados y reconocidos mediante la Resolución No. 090 de fecha 19 de julio de 2006; c) La sanción moratoria o intereses moratorios. (...)"*.

Ahora bien, la respuesta a la solicitud anterior se produce mediante el Oficio de fecha 30 de noviembre de 2006 demandado, que le manifiesta a la señora



Carmela Sánchez Arroyo que su situación se había definido previamente por medio de las Resoluciones Números 053 de 16 de diciembre de 2003, 057 de 30 de diciembre de 2003 y 036 de 30 de marzo de 2004

Entonces, al analizar el contenido de la citada Resolución No. 090 se observa que la administración no se pronunció sobre las peticiones de sanción moratoria e indexación que ahora pretende la actora, pues únicamente reconoció el reajuste de las prestaciones que consideraba adeudar, por lo cual, era viable que se agotara la vía gubernativa en estos aspectos, dando lugar a la expedición del Oficio sin número de 30 de noviembre de 2006, proferido por el Asesor Jurídico de la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación, que negó en forma expresa los conceptos reclamados.

De acuerdo con lo anterior y con la noción de acto administrativo enjuiciable a la luz del control jurisdiccional, resulta indudable que el Oficio de 30 de noviembre de 2006, reunía a cabalidad el elemento DECISION y su materia, como quiera que se refería a la negación de unos reconocimientos laborales, no se asemejaba simplemente una "comunicación de información" como lo sostuvo el Tribunal para declarar probada la excepción de inepta demanda e inhibirse de proferir decisión de mérito.

En este orden de ideas el Oficio enjuiciado constituye un acto administrativo pasible de control de legalidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, el A quo indicó que el Asesor Jurídico de la E.S.E demandada no era competente para expedir el Oficio en referencia, por cuanto en la Escritura Pública No. 3982 de 19 de octubre de 2006, no se le otorgaron esas facultades.

Advierte la Sala, que en el contenido del mencionado acto se precisó que éste había sido proferido en virtud de las facultades conferidas al Apoderado, mediante la Resolución No. 003-03 de 25 de agosto de 2003, la cual no fue arrimada al expediente; sin embargo, se precisa que los actos administrativos se presumen legales, y su ilegalidad debe ser demostrada. En tal sentido, se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C- 197 de 7 de abril de 1999, en los siguientes términos:



"(...) La exigencia que contiene el segmento normativo acusado, cuando se demandan actos administrativos, encuentra su justificación. Si el acto administrativo, como expresión de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos se presume legal y es ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien alega su carencia de legitimidad, motivada por la incompetencia del órgano que lo expidió, la existencia de un vicio de forma, la falsa motivación, la desviación de poder, la violación de la regla de derecho o el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, la carga procesal de cumplir con las exigencias que prevé la norma acusada. Carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto tenga el juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos administrativos, más aún cuando dicha búsqueda no sólo dispendiosa sino en extremo difícil y a veces imposible de concretar, frente al sinnúmero de disposiciones normativas que regulan la actividad de la administración. Por lo tanto, no resulta irrazonable, desproporcionado ni innecesario que el legislador haya impuesto al demandante la mencionada obligación, la cual contribuye además a la racional, eficiente y eficaz administración de justicia, si se tiene en cuenta que el contorno de la decisión del juez administrativo aparece enmarcado dentro de la delimitación de la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación.

(...).".

Por lo anterior, la simple afirmación de que el Asesor Jurídico de la Entidad carecía de competencia para proferir el acto acusado, no es suficiente para declarar probada esa situación; más aún, cuando dentro del plenario no se alegó la presunta falta de competencia del citado Asesor, pues ni la actora ni las Entidades demandadas hicieron pronunciamiento al respecto, lo que impidió que el A quo tuviera elementos suficientes para declarar probada esa situación; además, no se practicaron las pruebas tendientes a demostrarla.

Ahora bien, la inexistencia de un acto de delegación o de la Resolución No. 003-03 de 25 de agosto de 2003, en la que presuntamente se le otorgaron al Asesor Jurídico de la E.S.E. demandada funciones relativas a la expedición de actos administrativos de reconocimiento de prestaciones, no implican que éste careciera de competencia para expedir el Oficio acusado, pues como ya se expresó, los actos administrativos se presumen válidos, y su ilegalidad debe probarse.

Por lo anterior, dentro del proceso se acreditó que el acto administrativo es de carácter definitivo y que el Servidor que lo profirió era competente para hacerlo, en consecuencia, la Sala procederá al estudio del problema jurídico en los términos planteados.



Problema Jurídico.

Consiste en determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 por el pago incompleto de las cesantías definitivas, así como la indexación de la suma ordenada mediante la Resolución No. 090 de 19 de julio de 2006, por concepto de reliquidación de prestaciones sociales.

Acto acusado

- Oficio sin número de 30 de noviembre de 2006, proferido por el Asesor Jurídico de la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación, que negó a la actora el reconocimiento de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y el Decreto 1572 de 1998, así como la indexación monetaria reclamadas (fls. 7 a 12).

De lo probado en el proceso

- De conformidad con la liquidación de prestaciones sociales definitivas, la señora Carmela Sánchez Arroyo prestó sus servicios en la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación desde el 1 de noviembre de 1978 hasta el 26 de febrero de 2000 (fls. 14 a 16).

- El 5 de agosto de 2001 el Coordinador Nacional del Programa de Mejoramiento de los Servicios de Salud del Ministerio de Salud se dirigió a los ex funcionarios del Hospital Universitario de Cartagena, indicándoles que una vez revisada la base de datos de la entidad se encontró que las prestaciones sociales se liquidaron tomando los salarios del año 1999, por lo cual era pertinente ordenar el incremento salarial del 9.23% para reliquidar la indemnización y las prestaciones sociales previamente reconocidas en proporción al tiempo laborado, en los términos ordenados por la Corte Constitucional en la Sentencia No. 1433 (sic), que se profirió con posterioridad a la fecha del retiro del servicio (fl. 13).

- El 5 de septiembre de 2003, la señora Carmela Sánchez Arroyo solicitó, entre otras, la reliquidación del aumento decretado por el Gobierno Nacional en el año



1999, "tal como consta en la comunicación enviada por el Ministerio de Salud" (fl. 21).

- El 19 de julio de 2006, a través de la Resolución No. 090, el Agente Liquidador de la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación adicionó la Resolución No. 053 de 16 de diciembre de 2003 (mediante la cual se reconocieron los créditos laborales de la entidad en el proceso liquidatorio) y ordenó el incremento salarial del 9.23% del año 2000 para varios ex funcionarios, entre ellos la demandante, a quien le correspondió la suma de \$3.270.150, por la reliquidación de las prestaciones sociales definitivas, en cumplimiento de la Sentencia C- 1433 de 2000 proferida por la Corte Constitucional (fls. 244 a 251).

- El 24 de julio de 2006³ el apoderado de la actora mediante escrito se dirigió al Agente Liquidador de la E.S.E. demandada indicándole que la Resolución No. 090 de 19 de julio de 2006 no resolvió todas las peticiones elevadas en nombre de varios ex funcionarios de la entidad y, por lo tanto, debía decidir, entre otros aspectos, sobre el reconocimiento de los intereses a las cesantías; la indexación monetaria de los conceptos reliquidados y ordenados en la citada Resolución; y, la sanción moratoria o intereses moratorios (fls. 19 a 20).

- El 30 de noviembre de 2006, mediante Oficio sin número, el Asesor Jurídico de la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación, negó a la actora el reconocimiento de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y el Decreto 1572 de 1998, así como la indexación monetaria reclamada, argumentando lo siguiente (fls. 7 a 12):

La entidad entró en proceso de liquidación de conformidad con la Resolución No. 1021 de 25 de julio de 2003, los Decretos 663 de 1993, 2418 de 1999, 2211 de 2004 y la Ley 510 de 1999.

En consecuencia, se emplazó a todas las personas para que formularan sus reclamaciones entre el 25 de agosto de 2003 y el 22 de septiembre de 2003.

³ Información extraída del Oficio sin número de 30 de noviembre de 2006, proferido por el Asesor Jurídico de la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación (fls. 29 a 34).



El Agente Liquidador expidió las Resoluciones Números 053 de 16 de diciembre de 2003 y 057 del 30 de los mismos mes y año, por medio de las cuales resolvió las peticiones de carácter laboral y, a través de la Resolución No. 036 de 30 de marzo de 2004, desató el recurso de reposición interpuesto contra las anteriores decisiones, quedando agotada la vía gubernativa.

Los créditos fueron pagados con sujeción a la prelación prevista en los artículos 2495 de Código Civil y 36 de la Ley 50 de 1990.

En consideración a que la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena no contaba con la liquidez suficiente para sufragar todos los pasivos reconocidos, convocó a una asamblea y llegó a una fórmula de pago con los acreedores.

Dentro de la oportunidad legal, la señora Carmela Sánchez Arroyo solicitó el reconocimiento de los mismos conceptos que ahora reclama; sin embargo, el Hospital se abstuvo de ordenar la indemnización por mora en el pago de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, porque "(...) *no le asistía tal derecho (...)*".

En efecto, en la Resolución No. 036 de 30 de marzo de 2004 el Agente Liquidador explicó que no era viable acceder a la sanción moratoria y a la indexación solicitadas, por cuanto estos conceptos son excluyentes entre sí y no se avienen a la naturaleza y procedimientos especiales de los procesos liquidatorios.

El apoderado de la señora Sánchez Arroyo elevó varias peticiones en representación de ella y varios ex funcionarios, las cuales fueron resueltas mediante la Resolución No. 090 de 19 de julio de 2006, que se expidió con el fin de "(...) *accionar (sic) la resolución 053 de diciembre 16 de 2003, ordenando el reconocimiento y pago de un crédito a favor de sus representados por concepto de reliquidación de cesantías y prestaciones sociales (...)*".

Agregó, que el Agente Liquidador carece de competencia para pronunciarse respecto de derechos inciertos o indeterminados reclamados por la interesada, ya que el proceso de liquidación es de carácter concursal y ejecutivo, por lo que sólo es viable decidir las peticiones relacionadas con obligaciones claras, expresas y exigibles.



- De acuerdo con el Comprobante de Egreso No. 0115511, expedido por la Tesorera Departamental de Bolívar, el 14 de marzo de 2008 ese ente territorial le pagó a la actora la suma de \$2.125.598 por concepto de "(...) pago de crédito funcionarios del Hospital Universitario en Liquidación Resolución 1741 del 2007 (...)" (fl. 210)⁴.

Una vez analizado el expediente se observa que esta suma corresponde a la reconocida mediante la Resolución No. 090 de 19 de julio de 2006, pues en su artículo 5° dispuso que del valor ordenado (\$3.270.150) al abogado de la demandante le correspondería el 35%, es decir que a ella se le pagaría el 65% restante, esto es \$2.125.598.

Análisis de la Sala

Del auxilio de cesantías

La Ley 6ª de 1945 respecto al antiguo Régimen de Cesantías de los empleados públicos, en la Sección Tercera "*De las prestaciones sociales*", artículo 17 dispone:

"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 servicios. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestado con posterioridad al primero de enero de 1942. (...)"*

Por su parte, la Ley 65 de 1946, por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantías y jubilación, en el artículo 1 prevé:

"Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al Auxilio de Cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro."

A su vez, el artículo 1 del Decreto 1160 de 1947 establece:

"Los empleados y obreros al servicio de la nación en cualquiera de las ramas del poder público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tienen derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y

⁴ El Comprobante de Egreso fue remitido al expediente por la Profesional Universitaria de la Gobernación del Departamento de Bolívar, indicando que ese documento era consonante con lo ordenado en las Resoluciones Números 090 y 096 de julio de 2006 (fl. 211).



proporcionalmente por fracciones de año, cualquiera que sea la causa de su retiro a partir del 1º de enero de 1942.

Artículo 2º. Lo dispuesto en el artículo anterior se extiende a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios teniendo en cuenta respecto de éstos lo dispuesto en el Decreto 2767 de 1945.

(...)

Artículo 6º. De conformidad con lo dispuesto por el Decreto número 2567, de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres (3) últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menor de doce (12) meses.

PARÁGRAFO 1o. Además, el cómputo se hará teniendo en cuenta no solo el salario fijo, sino todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones, pero no las sumas que ocasionalmente se den por mera liberalidad del patrono. (...).

El artículo 13 del mismo Decreto 1160 de 1947, preceptúa:

"Las disposiciones del presente Decreto, tanto en lo que se refiere a los trabajadores del servicio oficial como a los de las empresas particulares, sólo le serán aplicables mientras no existan normas legales de carácter especial, o estipulaciones contractuales, que les concedan derechos más amplios o que regulen su situación jurídica en lo referente al auxilio de cesantía de una manera más favorable."

Sobre la normativa antes descrita, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

"Las normas antes referidas tuvieron aplicación inicial para el sector público en los órdenes nacional, seccional y local. Además, contemplaron para efectos de su liquidación tener en cuenta el último salario fijo devengado - a menos que hubiere tenido variación en los tres últimos meses- y todo lo recibido por el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios. La preceptiva jurídica no contemplaba hasta este momento pago alguno por concepto de intereses.

Para concluir la primera parte, el régimen de cesantías tenía carácter retroactivo y, en tal virtud, se tenía en cuenta el último sueldo devengado por el servidor público para efectos de liquidar la prestación por todo el tiempo de servicios, lo que conllevaba a que el pago efectuado siempre fuera actualizado. (...)"⁵

En cuanto al procedimiento que debe surtir la Administración para la liquidación del auxilio de cesantía, la Ley 244 de 1995 dispuso:

"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.

⁵ Sentencia de 19 de julio de 2007, M.P. JAIME MORENO GARCIA, Exp. No. 15001-23-31-000-2000-02033-01(9228-05), Actor: OSCAR ARMANDO RODRIGUEZ.



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 hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Una vez proferida la Resolución de liquidación de la cesantía, el artículo 2° ibídem, establece que el pago se efectuará dentro del siguiente término legal:

"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."

A su vez, el artículo 2° de la Ley 244 de 1995, prevé la sanción moratoria en el pago de la cesantía, en caso de incumplirse los términos legales, así:

"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 solo 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."

Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado aclaró a partir de qué fecha se debe comenzar a contabilizar la moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía, en los siguientes términos:

"(...) Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

(...)

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el

*número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria.
 (...)»⁶*

La anterior normativa prevé los términos legales con que cuenta la Administración para la liquidación y pago de las cesantías, imponiendo una sanción moratoria por su incumplimiento; dicho articulado reitera que tanto los términos para el pago de la prestación como los de la contabilización de la sanción moratoria son aplicables cuando se solicita la liquidación definitiva del auxilio de cesantía.

Ahora bien, en cuanto al nuevo Régimen de Cesantías para el Sector Público, el artículo 13 de la Ley 344 del 27 de diciembre de 1996, indicó lo siguiente:

“ARTÍCULO 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

- a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*
- b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.*

<Inciso 3o. INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.”

La anterior normativa fue objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional, que mediante sentencia C-428 de 1997 declaró exequible la liquidación definitiva de cesantías por anualidad, sobre el particular indicó lo siguiente:

“(…) Con la salvedad hecha sobre beneficios incontrovertibles para los trabajadores, los cambios que contemple la nueva legislación únicamente pueden hacerse obligatorios para las relaciones laborales futuras, es decir, las que se entablen después de haber entrado aquélla en pleno vigor, y, en consecuencia, excepto el caso de anuencia expresa y enteramente voluntaria del trabajador afectado, no es admisible cobijar bajo las nuevas disposiciones las situaciones jurídicas nacidas a partir de vínculos de trabajo que se venían ejecutando al producirse la reforma. Respecto de ellas, el único que puede optar por incorporarse al régimen posterior, pudiendo permanecer en el antiguo, es el empleado, libre de toda coacción externa y bajo el supuesto de su mejor conveniencia.”

⁶ Sentencia de 27 de marzo de 2007, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Expediente No. 760012331000200002513 01 (2777-2004), Actor: José Bolívar Caicedo Ruiz.



Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentario del artículo 13 de la Ley 344 de 1996, previó en relación con los servidores públicos del nivel territorial, que:

"Artículo 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

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

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

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

La sanción moratoria para el régimen de cesantías por anualidad se estableció en el ordinal 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así:

"El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

- 3. 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."*

De la normativa transcrita anteriormente se puede concluir lo siguiente:

- 1. Los empleados públicos nacionales y territoriales tienen derecho al reconocimiento y pago de un mes de salario por cada año de servicios continuos o discontinuos y proporcionalmente por fracción, liquidados con base en el último



salario devengado por el servidor público. A este sistema se denominó Régimen Retroactivo de Cesantías.

2. Dentro de los 15 días hábiles siguientes a la solicitud de liquidación de las Cesantías definitivas por parte del empleado, la entidad patronal deberá expedir la liquidación. Una vez en firme la Administración contará con 45 días hábiles para el pago.
3. Luego del anterior término más 5 días de la notificación, comenzará a contarse la sanción moratoria por el retraso en el pago, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo.
4. El artículo 13 de la Ley 344 de 1996 previó que a partir de su publicación las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán derecho al Régimen anualizado de Cesantías, esto es, que el 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación de la prestación y el valor liquidado se consignará antes de 15 de febrero del año subsiguiente en la cuenta individual del trabajador; el empleador que incumpla el plazo pagará un día de salario por cada día de retardo.
5. El Decreto 1582 de 1998, reglamentario del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 previó en relación con los servidores territoriales vinculados a partir de 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los Fondos Privados de Cesantías que su régimen será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás concordantes con la Ley 50 de 1990, y los que se afilien al Fondo Nacional del Ahorro será el establecido en la Ley 432 de 1998.
6. Los servidores territoriales vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 y decidan acogerse al régimen anualizado, solicitarán el traslado a la entidad quien liquidará y entregará la prestación al Fondo Privado, contando con la posibilidad de emitir títulos de deuda pública para el pago de la deuda.

Del caso concreto

En el presente caso se encuentra acreditado que la demandante se retiró del servicio a partir del 26 de febrero de 2000 y que las prestaciones sociales



definitivas se le pagaron el 23 de mayo del mismo año (fl. 178), en la totalidad del monto que la entidad reconocía deber.

Sin embargo, el 19 de julio de 2006, a través de la Resolución No. 090, el Agente Liquidador de la E.S.E. demandada adicionó la Resolución No. 053 de 16 de diciembre de 2003 (mediante la cual se reconocieron los créditos laborales de la entidad en el proceso liquidatorio) y ordenó el incremento salarial del 9.23% del año 2000 para varios ex funcionarios, entre ellos la demandante, a quien le correspondió la suma de \$3.270.150, por la reliquidación de las prestaciones sociales definitivas, en cumplimiento de la Sentencia C- 1433 de 23 de octubre de 2000 proferida por la Corte Constitucional.

De acuerdo con lo anterior la señora Sánchez Arroyo considera que sus cesantías fueron liquidadas y pagadas en forma incompleta, lo cual le confiere el derecho a la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995.

Se observa que a la actora el auxilio de cesantías definitivas se le liquidó con valores inferiores a los que realmente correspondían; sin embargo, no puede desconocerse que una vez se produjo el retiro del servicio, la entidad consignó la sumas que en un primer momento consideraba adeudar, pues aún no se había proferido la Sentencia C- 1433 de 2000, que ordenó el incremento salarial para los empleados públicos, decisión que precisamente dio lugar a la reliquidación de las cesantías y otras prestaciones sociales, mediante la referida Resolución No. 090 de 19 de julio de 2006.

Esta Corporación ha indicado que la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 tiene el propósito de resarcir los daños que se causan al empleado con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en orden a proteger al trabajador que se retira del servicio⁷.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta la finalidad de la referida sanción, en el *Sub lite* no se ordenará su pago completo, es decir a razón de un día de salario por cada día de retardo en el pago integral del auxilio, sino en forma proporcional a la diferencia dejada de pagar por la entidad demandada, pues ésta en un

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de 22 de octubre 2009, Ref.: 760012331000200403585 01 (1268-08), Actor: Lisandro Angulo Micolta.



principio consignó las sumas que en su sentir correspondían a la interesada; empero, posteriormente y en cumplimiento de un fallo de la Corte Constitucional, la E.S.E. accionada reliquidó la prestación, lo cual arrojó la suma anteriormente indicada.

La anterior tesis fue expuesta por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante Sentencia de 27 de marzo de 2007, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Expediente No.: 2777-2004, la cual analizó una situación similar a la debatida en el presente proceso, concluyendo lo siguiente⁸:

*"(...) una interpretación razonable de la Ley 244 de 1995, artículo 2, parágrafo, indica que la indemnización moratoria no puede liquidarse en este caso sobre la totalidad de la obligación laboral porque, según consta en autos, el primer pago de las cesantías definitivas \$13'950.872.00 fue realizado oportunamente; por lo tanto, la base para la liquidación de la indemnización moratoria que tuvo en cuenta la entidad accionada, la diferencia entre el salario promedio de la primera liquidación, \$4'667.578.00, y el de la segunda, \$5'233.933.00, concilia adecuadamente el derecho del demandante a que se le pague una sanción por la mora en el pago del saldo de las cesantías definitivas con la circunstancia de que la mora no ocurrió sobre la totalidad de las cesantías definitivas sino sobre un monto que apenas excede el 10% de lo debido por este rubro.
(...).".*

Ahora bien, el apoderado de la E.S.E. demandada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la actora por considerar que la entidad se encontraba en un proceso de liquidación que impedía pagar las obligaciones laborales en forma oportuna. Al respecto, el Consejo de Estado ha concluido⁹ que la protección de los derechos laborales ha sido una prioridad tanto de las acreencias anteriores al inicio de los procesos de liquidación, como de las que se causaren dentro del mismo.

La Sala ha considerado en anteriores oportunidades¹⁰, que dicha protección no ha sido solo de carácter interno, pues la Organización Internacional del Trabajo – OIT- a través del Convenio C-173 de 1972, también la ha previsto en el caso de insolvencia del empleador.

⁸ En el mismo sentido, ver sentencias de 19 de junio de 2008, Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Radicado No. 6674-2005, actor: Juan Bernier Pérez; de 21 de enero de 2010, Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Expediente No. 0139-2008, actor: Gustavo Durán López.

⁹ Ver las Sentencias de 10 de febrero de 2011, Expediente No. 0910-2010, actor: Fabio Guerrero Salgado, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y de 21 de marzo de 2013, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez De Páez, Expediente No. 1760-2012, actor: Ismael Antonio Pineda Lastre.

¹⁰ *Ibidem*.



Por lo tanto, no son de recibo los argumentos expuestos por la entidad accionada, pues como quedó expuesto, aunque el Hospital Universitario de Cartagena estuviera en proceso de liquidación, las cesantías tienen el carácter de prestación laboral, situación que no le permite al ente liquidador desconocer tales derechos.

En relación con el periodo al cual se aplicará la sanción moratoria, se tendrá en cuenta la tesis fijada en la citada Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la cual se analizó el asunto desde la perspectiva de la **reliquidación** del auxilio de cesantías, concluyendo que en consideración a que el trámite de **reconocimiento** se había surtido conforme a la Ley, la sanción moratoria respecto del monto dejado de liquidar se debía contar a partir del acto de reliquidación. Así, se precisó:

"(...)

*La Sala desestimaré el argumento del apelante porque el artículo 2, inciso 1, de la Ley 244 de 1995 dice que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha en la cual **quede en firme el acto administrativo que ordenó la liquidación de las cesantías definitivas del servidor público, para pagar esa prestación social.***

*En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual **quede en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación**, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria. (...)." (Resalta la Sala).*

Así las cosas, la sanción moratoria se deberá reconocer a partir del 26 de septiembre de 2006 (fecha en que se vencieron los 45 días hábiles para el pago del monto ordenado mediante la Resolución No. 090 de 19 de julio de 2006, por concepto de reliquidación de las cesantías) hasta el 14 de marzo de 2008, fecha en que se verificó la consignación de la reliquidación de las prestaciones adeudadas.

También se ordenará la indexación del ajuste del monto reconocido por concepto de prestaciones sociales con excepción del ítem de cesantías. Al respecto, El Consejo de Estado ha precisado que la indexación corresponde a un factor de equidad, en virtud del cual se conserva la capacidad adquisitiva de esas sumas, por manera que lo contrario implicaría un desmedro o empobrecimiento para el



actor, y consecuentemente, un enriquecimiento sin causa para el organismo oficial¹¹.

Empero, no se ordenará la indexación del reajuste a las cesantías, por cuanto la Corte Constitucional en la Sentencia C-448 del 19 de septiembre de 1996, concluyó que no era razonable que un trabajador que tenga derecho a una sanción moratoria, por el mismo hecho y por el mismo periodo de tiempo, reclame también la indexación.

Tampoco se decretará condena en costas, toda vez que la entidad accionada no observó una conducta temeraria ni negligente en el transcurso del proceso, como tampoco desleal con la parte accionante, que pudiera ameritar la imposición de las mismas, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo¹².

Así las cosas, el proveído impugnado será revocado y en su lugar se accederá parcialmente a las súplicas de la demanda en el sentido de ordenar el pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 en forma proporcional a la reliquidación del auxilio de cesantías ordenado mediante la Resolución No. 090 de 19 de julio de 2006, por el periodo comprendido entre el 26 de septiembre de 2006 hasta el 14 de marzo de 2008; así como la indexación del ajuste reconocido por concepto de prestaciones sociales con excepción del ítem de cesantías, de conformidad con lo anteriormente expuesto.

De acuerdo con el Acta de Compromiso de 3 de abril de 2006 (fls. 257 a 262) suscrita entre el Departamento de Bolívar y la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena "(...) el Departamento de Bolívar se obliga a constituir las reservas y responder por el pago de los fallos judiciales condenatorios que se dicten contra la Empresa Social del Estado Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación, sin perjuicio que para la fecha de causación de estos pasivos, esté en firme la resolución que

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora, Sentencia de 20 de febrero de 1997, Radicación No. 14018, Actor: Henry José Gómez Balbuena.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 1999, Expediente No 10.775, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Ver también la Sentencia de 3 de noviembre de 2005, proferida por esta Subsección, con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Radicación número: 66001-23-31-000-2001-00088-01(2797-03), Actora: Mariluz Cardona Botero.

103



declare la terminación de la existencia legal de la persona jurídica en liquidación (...)". En este orden de ideas el cumplimiento de la presente condena le corresponde al citado ente territorial.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

REVOCAR la Sentencia de 27 de abril de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en cuanto decretó de oficio la excepción de inepta demanda en relación con la solicitud de nulidad del Oficio de 30 de noviembre de 2006 y negó las demás súplicas de la demanda incoada por Carmela Sánchez Arroyo contra la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación, el Departamento de Bolívar y la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En su lugar,

DECLARAR la nulidad del Oficio sin número de 30 de noviembre de 2006, proferido por el Asesor Jurídico de la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación. En consecuencia,

ORDENAR al Departamento de Bolívar o a quien corresponda la ejecución de la presente condena, reconocer y pagar a la señora Carmela Sánchez Arroyo la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 la cual se deberá reconocer a partir del 26 de septiembre de 2006 hasta el 14 de marzo de 2008, de conformidad con la reliquidación de la Resolución No. 090 de 19 de julio de 2006 por concepto de las cesantías; así como la indexación del ajuste reconocido por prestaciones sociales por el mismo lapso, pero con excepción del ítem de cesantías, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.



Las sumas resultantes de esta condena se actualizarán en la forma como se indica en esta providencia, aplicando para ello la siguiente fórmula salvo para el auxilio de cesantía definitiva:

$$R = \frac{\text{Rh Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de prestaciones sociales, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al último día del mes en que se efectuó el pago) por el índice inicial (vigente al último día del mes en que debió hacerse el pago).

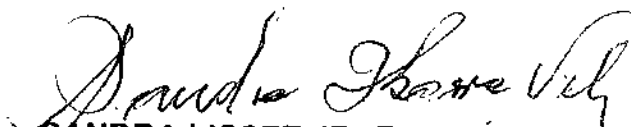
Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

SE NIEGAN las demás pretensiones de la demanda.

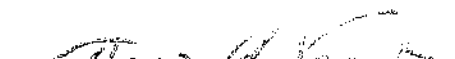
Cúmplase la Sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


GERARDO ARENAS MONSALVE


ALFONSO VARGAS RINCÓN