



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., primero (1) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 44001 23 33 000 2013 00094 01 (2654–2015)
Demandante: OLAYS OROZCO MINDIOLA SO.0151
Demandado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

LEY 1437 DE 2011
APELACIÓN SENTENCIA

Decide la Sala de Subsección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de 5 de mayo de 2015, proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA, que negó las súplicas de la demanda radicada por la señora OLAYS OROZCO MINDIOLA.

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La señora OLAYS OROZCO MINDIOLA, por intermedio de apoderado judicial, radicó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA en la que solicitó lo siguiente:

"1. Se declare la nulidad del acto presunto resultante de la no contestación del Oficio con Radicado ante el Departamento el 17 de Mayo de 2007, mediante el cual se negó presuntamente a la demandante el pago de las cesantías reconocidas y liquidadas por la extinta Caja de Previsión Departamental de la Guajira, mediante Decreto 344 del 30 de diciembre de 1996, por concepto de aportes de cesantías hechas por el actor a la Caja de Previsión Social de la Guajira, desde su vinculación al Departamento el 15 de noviembre de 1989, hasta la aprobación de la liquidación de la citada Caja de Previsión en 1996, en cuantía de TRES MILLONES CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL TREINTA Y SIETE PESOS CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS M.L



Radicación: 44001 23 33 000 2013 00094 01 (2654–2015)

Demandante: OLAYS OROZCO MINDIOLA

Demandado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

2

APELACIÓN SENTENCIA

(\$3.164.037.56) y de la cual el departamento asumió en su totalidad sus activos y pasivos mediante el citado decreto.

2. Condenar en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho al Departamento de la Guajira, a pagar a la señora OLAYS OROZCO MINDIOLA el valor de sus cesantías liquidadas y no pagadas, debidamente actualizadas, con sus correspondientes rendimientos económicos que deberán ser consignadas al fondo de cesantías al cual se encuentra actualmente afiliada la actora (Fondo Nal de Ahorro); los demás conceptos como intereses de las cesantías, la indexación de los valores reconocidos y la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías liquidadas, deberán ser entregados a la demandante o a su apoderado directamente, si el Despacho no determina algo diferente.

3. De la misma forma se condene al Departamento a que se reconozca, liquide y pague a la actora, el auxilio de cesantía dejado de percibir luego de la liquidación de la Caja de Previsión de la Guajira, es decir desde el año 1997 hasta enero de 2002 (5 años), en que apenas el Departamento afilió a la actora a un nuevo fondo de cesantías, conforme lo ordenado por el artículo 5º y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998, que en dicha liquidación se incluya los rendimientos económicos de los aportes no percibidos como si se hubiesen consignado de manera oportuna, así como los correspondientes intereses de cesantías del 12%, la sanción moratoria estipulada en la Ley 50 de 1990 por la no consignación oportuna de los aportes y la indexación de los valores liquidados, tal como se solicitó en el acto administrativa demandado.

3.1. Que de manera subsidiaria, en el evento que el Despacho de conocimiento considere como valido lo argumentado en el acto demandado, en el sentido que se tenga como pagado mediante la Resolución 1341 de octubre de 2011, los puros auxilios de cesantías adeudados a la actora antes mencionados, se condene en todo caso al ente demandado a reconocer, liquidar y pagar en consecuencia de tal aceptación, los intereses de cesantías del 12% generados de tales auxilios de cesantías efectivamente adeudados, sus rendimientos económicos, el pago de la actualización de moratoria, tanto por el no pago oportuno del auxilio liquidado mediante el decreto 344/96, desde la ejecutoria del mismo y luego de descontados los 60 días de gracia para hacer dicho pago, tal como lo establece la Ley 244/95, así como la sanción moratoria por el no giro oportuno de los aportes generados durante los años 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001 según la ley 50/90, los intereses del 12% del auxilio dejado de pagar, la actualización de la suma resultante y los rendimientos económicos hasta cuando se liquidó y pagó tales auxilios de cesantías mediante la citada resolución. [...]” (SIC)

1.2. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LA DEMANDA

La señora OLAYS OROZCO MINDIOLA, laboró en la SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS DEL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA desde 15 de noviembre de 1989 hasta el 3 de septiembre de 2004.



Radicación: 44001 23 33 000 2013 00094 01 (2654-2015)
Demandante: OLAYS OROZCO MINDIOLA
Demandado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

3

APELACIÓN SENTENCIA

El 17 de mayo de 2007, presentó ante la GOBERNACIÓN DE LA GUAJIRA escrito mediante el cual solicitó el pago del auxilio de cesantías aportadas a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL, desde el momento de la vinculación a la entidad demandada, así como el reconocimiento y pago de los intereses de las cesantías por el no pago oportuno, de acuerdo a la ley.

Pidió, además, que la suma fuera actualizada teniendo en cuenta que luego de la liquidación de CAJANAL no se realizó la consignación de las cesantías correspondientes al periodo comprendido entre enero de 1997 y diciembre de 2001, pues no la afilió a ningún fondo. El 3 de abril de 2003, la entidad realizó nuevamente el aporte de cesantías en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO – FNA.

A pesar de que la demandante ya se había retirado del servicio, y pese a que se le liquidaron y pagaron las cesantías definitivas, el DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA guardó silencio respecto de la petición radicada.

1.3. NORMAS VULNERADAS Y CONCEPTO DE LA VULNERACIÓN

En el escrito de demanda, el apoderado de la demandante consideró que con los actos administrativos demandados se vulneran los artículos 1, 2, 4, 13, 25 y 53 de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA, así como los artículos 98 y 99 de la Ley 50 de 1990, y las Leyes 4ª de 1992, 244 de 1995, 432 de 1998, el Decreto Ley 44 de 1996 y los Decretos 344 de 1996 y 1582 de 1998.

Al desarrollar el concepto de violación, indicó que lo previsto en el Decreto 1582 de 1998, respecto de la forma en que se deben liquidar las cesantías de los empleados de los entes territoriales, fue incumplido por parte del DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA. De igual manera, argumentó que “la sanción moratoria de la Ley 244 de 1995 no solo se aplica en las cesantías definitivas por retiro del trabajador, sino a las cesantías definitivas liquidadas por cambio de régimen, como en el caso de las liquidadas mediante Decreto 344 de 1996 donde se liquidó además de la CAJA DE PREVISIÓN DE LA GUAJIRA, las cesantías aportadas hasta ese momento en dicha caja por la demandante, lo anterior en virtud de lo estatuido por la Ley 50 de 1990.”



APELACIÓN SENTENCIA

Finalmente, consideró que “la normatividad indicada fue claramente transgredida por la entidad pública demandada, puesto que al quedar sus servidores sometidos al nuevo régimen salarial y prestacional previsto en la ley 50 de 1990 y ley 344 de 1996, por haber optado por él, y declararse luego la insolvencia y aprobarse la liquidación de la Caja Departamental de previsión Social de La Guajira, a la cual se encontraban afiliados los trabajadores, y haber asumido el Departamento de La Guajira expresamente los activos y pasivos de la misma (Decreto 344 de 1996), éste debió no solo liquidar, sino seguidamente reconocer y pagar las cesantías definitivas correspondientes a sus afiliados, entre ellos, la de la actora. De manera que, al no depositarle el Departamento el valor de las referidas cesantías definitivas en un fondo a la actora, porque ni siquiera la afilió de manera oportuna al escogido por ésta, implica además, el reconocimiento, liquidación y pago de los rendimientos económicos que dichas sumas de dinero hubieran obtenido en un fondo como se establece legalmente, efectuando dicha liquidación sobre los valores actualizados año por año o fracción, desde su causación hasta que se materialice el pago.” (Sic)

1.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹

Por intermedio del JEFE OFICINA JURÍDICA, el **DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA** se opuso a las pretensiones de la demanda, de acuerdo con los argumentos que se resumen a continuación:

En primer lugar, señaló que en el escrito de la demanda no se enumeran los hechos, lo cual dificulta la defensa de la entidad y el resolver el fondo del asunto. De igual manera, propuso como excepciones las siguientes:

- Falta de reclamación administrativa (falsedad del oficio fechado y recibido el 17 de mayo de 2007): indicó que la petición radicada, de la cual se deriva el acto ficto o presunto demandado, presenta inconsistencias en su radicación y trámite, lo cual genera incertidumbre en su legalidad, por tal razón considera que no existe acto administrativo y que la entidad no ha tenido la posibilidad de pronunciarse en sede administrativa sobre el tema en comento.

¹ Folios 51 a 57 del expediente.



Radicación: 44001 23 33 000 2013 00094 01 (2654-2015)

Demandante: OLAYS OROZCO MINDIOLA

Demandado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

5

APELACIÓN SENTENCIA

- Pago de la obligación en suma superior a la causada: Consideró que el régimen aplicable a la demandante era el retroactivo, dada la fecha de vinculación, por lo tanto en 1998 se le reconocieron las cesantías desde la vinculación hasta la expedición de la Resolución 060 de 20 de mayo de 1998, nuevamente en el año 2000 a través de la Resolución 826 y, finalmente, en septiembre de 2000 se realizó un abono al FNA hasta su fecha de retiro en el año 2004.
- Prescripción de los derechos: Por cuanto no se presentó la reclamación en debida forma ante la administración, de lo cual se entiende que han transcurrido más de 3 años desde el retiro del servicio de la demandante.

Durante el trámite de la audiencia inicial, realizada el 28 de enero de 2014, la parte demandante desistió de la excepción denominada “falta de reclamación administrativa”, y el magistrado ponente del Tribunal decidió que la oportunidad para pronunciarse acerca de las demás excepciones planteadas era el momento de resolver el fondo del asunto, si hubiere lugar a ello.

1.5. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA OBJETO DE APELACIÓN²

En sentencia proferida el 5 de mayo de 2015, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante, con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación:

La demandante, OLAYS OROZCO MINDIOLA, laboró en el DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA, desde el 15 de noviembre de 1989, es decir con anterioridad a la Ley 344 de 1996, por lo que al haber sido empleada departamental tiene derecho a que sus cesantías se liquiden en forma retroactiva conforme a lo previsto en las Leyes 6º de 1945 y 65 de 1946, así como de acuerdo a lo previsto en los Decretos 2567 de 1946 y 1160 de 1947. Consideró que no existe prueba legal que determine la voluntad de la demandante para el cambio de régimen de cesantías; que en su caso particular la liquidación se produjo en dos partes, la primera en 1996, con la supresión de CAJANAL, y la segunda en 2001.

² Folios 149 a 165 del expediente.



APELACIÓN SENTENCIA

Finalmente, se condenó en costas y agencias en derecho a la parte demandante en cuantía equivalente al 1% de las pretensiones negadas en la sentencia.

1.6. APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

En escrito presentado en el término legalmente establecido, la apoderada de la señora OLAYS OROZCO MINDIOLA interpuso la alzada en contra del fallo dictado por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA.

Argumentó que en la decisión objeto de recurso se equivocó el *a quo* al considerar que las pretensiones de la demanda no eran coherentes con el régimen de cesantías retroactivas, situación que estaba acreditada en el escrito de demanda; consecuencia de ello, el problema jurídico de la demanda no era el régimen aplicable al caso particular de la demandante, sino el cumplimiento en la liquidación y pago de las cesantías por parte de la entidad demandada y las consecuencias que de ello se derivaban.

Manifestó que las cesantías reconocidas y liquidadas por el ente demandado mediante el Decreto 344 de 1996, son definitivas por cambio de régimen teniendo en cuenta la Ley 50 de 1990 y el decreto ya mencionado, de allí que las pretensiones de la demanda deben ser concedidas, pues la negligencia de la administración causó daños a la accionante según lo indicado en el escrito de la demanda.

Finalmente, considera que la condena en costas no tiene fundamento alguno, pues no se demostró que hubiera negligencia o temeridad para radicar la demanda, ni hay carencia de fundamento legal para interponerla, ni existió mala fe por parte de la demandante; el proceso cursó sin traumatismos, la parte demandada no sufrió desgastes ni gastos considerables; y no hay prueba en el proceso de que se hubiese causado un perjuicio a las demás partes.

En razón de lo allí expuesto, solicita que se declare desvirtuada la presunción de legalidad del acto demandado y, como consecuencia, se decrete la nulidad y se condene a la entidad demandada a pagar cada uno de los conceptos pretendidos.

³ Folios 168 a 182 del expediente.



Radicación: 44001 23 33 000 2013 00094 01 (2654–2015)

Demandante: OLAYS OROZCO MINDIOLA

Demandado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

7

APELACIÓN SENTENCIA

1.7. TRÁMITE CORRESPONDIENTE A LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante autos calendados el 8 de septiembre de 2015 y el 4 de noviembre de 2016⁴, el despacho sustanciador (i) admitió el recurso de apelación, y (ii) corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión, respectivamente.

Tanto la parte demandante, OLAYS OROZCO MINDIOLA, como la parte demandada, el DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA, y el Ministerio Público, guardaron silencio en esta etapa procesal según consta a folio 199 del expediente.

II. CONSIDERACIONES⁵

2.1. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

La Sala considera que el asunto a resolver recae en determinar si la demandante, OLAYS OROZCO MINDIOLA, siendo beneficiaria del sistema retroactivo de cesantías, tiene derecho al reconocimiento y pago de cesantías y subsidiariamente a los intereses sobre las cesantías, y la sanción moratoria por cuanto no le fueron consignadas oportunamente en el fondo de cesantías por ella escogida.

2.2. SISTEMAS DE CESANTÍAS REGULADOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

El ordenamiento jurídico colombiano regula tres regímenes o sistemas diferentes de liquidación del auxilio de cesantías, sobre estos la SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL de esta Corporación, en concepto del 22 de agosto de 2000 sostuvo:

«[...] Del recuento normativo se concluye que en la actualidad existen tres sistemas diferentes de liquidación y manejo de cesantías para servidores públicos del orden territorial, a saber (sic) y una situación generada por el tránsito legislativo, a la que se hará alusión posteriormente:

⁴ Folios 190 y 195 respectivamente.

⁵ Sobre el asunto a tratar, y bajo presupuestos de hecho y de derecho similares, esta Subsección ya se ha pronunciado en reciente oportunidad, a través de sentencia de 24 de julio de 2017, número interno 1659–2015. Demandante: CLARA LUZ PARODI LINERO. Demandado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA. Consejero Ponente WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.



Radicación: 44001 23 33 000 2013 00094 01 (2654–2015)
Demandante: OLAYS OROZCO MINDIOLA
Demandado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

8

APELACIÓN SENTENCIA

1°.- **Sistema retroactivo:** las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses. Se rige por la ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.

2°.- **Sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la ley 50 de 1990:** incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador; cobija a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del decreto 1582 de 1998.

3°.- **Sistema del Fondo Nacional de Ahorro:** desarrollado en el artículo 5° y demás normas pertinentes de la ley 432 de 1998; rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación. [...]» (Negrilla fuera de texto.)

El régimen de retroactividad de las cesantías, como bien lo citó la SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO, está contemplado en la Ley 6ª de 1945, norma que en su artículo 17 reguló la prestación social en razón de un mes de sueldo por cada año de servicios.

Este sistema es aplicable por vía de excepción a todos aquellos empleados públicos que se vincularon a la administración con anterioridad al 30 de diciembre de 1996 (fecha a partir de la cual entró en vigencia la Ley 344 del mismo año y que reguló el sistema de liquidación anual de cesantías para los empleados públicos), siempre que el vínculo laboral persista y que el servidor público no haya elegido voluntariamente afiliarse a un fondo privado para la liquidación anual de sus cesantías.

La liquidación del auxilio de cesantía se efectúa al finalizar el vínculo laboral. Ello por cuanto la liquidación se realiza con el último salario devengado por el trabajador, el cual se multiplica por los años laborados. Tratándose de cesantías parciales, el auxilio se liquida con el salario devengado al momento de la solicitud multiplicado por la cantidad de años laborados a la fecha y, al momento del retiro del servicio se realiza nuevamente la liquidación de la totalidad de años laborados, pero se descuentan las sumas canceladas por concepto de cesantías parciales.



Radicación: 44001 23 33 000 2013 00094 01 (2654-2015)
Demandante: OLAYS OROZCO MINDIOLA
Demandado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

9

APELACIÓN SENTENCIA

De otro lado, el **régimen anualizado de cesantías** está previsto para los empleados públicos por la Ley 344 de 1996, es aplicable a todos los servidores vinculados a partir del 30 de diciembre de 1996 y, no les sea aplicable la Ley 432 de 1998 ni hayan optado voluntariamente por afiliarse al FNA.

En el régimen anualizado, el auxilio de cesantía se liquida definitivamente el 31 de diciembre de cada año y, corresponde al empleador la consignación de las sumas resultantes de la liquidación al fondo administrador de cesantías elegido por el trabajador a más tardar el 14 de febrero del año siguiente, so pena de incurrir en la sanción moratoria regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Este sistema también contempla el reconocimiento de intereses sobre las cesantías del 12% por parte del empleador a favor del empleado, suma que es pagada directamente a este último, es decir que no debe ser consignada al fondo.

Finalmente, los valores consignados a los fondos privados de cesantías deben generar unos rendimientos financieros que deben ser cancelados por los fondos privados a los trabajadores afiliados en sus cuentas individuales de cesantías.

El tercer sistema o régimen corresponde a los afiliados al **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**. Dicho régimen está regulado por el artículo 5º de la Ley 432 de 1998 y demás normas concordantes y se caracteriza por la liquidación anual de cesantías y el pago de intereses sobre los valores transferidos al FNA. Este régimen no comprende el pago de sanción moratoria, en caso de pago extemporáneo de la prestación, debido a lo indicado en el artículo 6º *ibídem*.⁶

⁶ **“Artículo 6º. “Transferencia de cesantías de servidores públicos.** En la fecha establecida para efectuar las consignaciones de los aportes a los sistemas generales de pensiones y de seguridad social en salud, las entidades públicas empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional de Ahorro una doceava parte de los factores de salario que sean base para liquidar las cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior por los servidores públicos afiliados. // **En incumplimiento de las obligaciones aquí establecidas dará derecho al Fondo para cobrar a su favor intereses moratorios mensuales equivalentes al doble del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria,** sobre las sumas respectivas por todo el tiempo de la mora. // Mensuales, las entidades públicas empleadoras enviarán al Fondo Nacional de Ahorro una certificación que contenga el valor total de los factores salariales que constituyan base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior. // Los funcionarios competentes de las entidades públicas empleadoras, que sin justa causa no hagan oportunamente las consignaciones de los aportes mensuales o el envío de los reportes anuales de cesantías debidamente diligenciados, incurrirán en causal de mala conducta que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente. (...).”



APELACIÓN SENTENCIA

2.3. REQUISITOS PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN RETROACTIVO AL ANUALIZADO DE CESANTÍAS

En primer término debe precisarse que el solo hecho de afiliarse a un fondo de cesantías privado no conlleva el paso del régimen del retroactivo al anualizado, pues el mismo Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, en el artículo 2º, prevé la posibilidad de que las entidades administradoras de cesantías administren en cuentas individuales, los recursos destinados al pago de cesantías de los servidores públicos del orden territorial cobijados por el régimen de retroactividad, conforme lo señala la norma en cita.

Por lo tanto, dado que el Decreto 1582 de 1998 señala que el régimen contemplado en la Ley 344 de 1996, cobija a los servidores vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y, además, que su aplicación para quienes se vincularon con anterioridad a esta fecha solo opera para aquellos que decidan acogerse al mismo, **debe precisarse que para que opere el cambio del régimen retroactivo de cesantías al anualizado es necesario que el servidor territorial vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 manifieste expresamente y de manera voluntaria a la administración dicha determinación⁷. De no ser así, su afiliación a un fondo creado en virtud de la Ley 50 de 1990 tan solo implica el cambio de administrador de dichos recursos.**

2.4. EL RÉGIMEN DE CESANTÍAS APLICABLE A LA DEMANDANTE

En concordancia con lo anterior, tal como lo indicó el *a quo* y la parte demandante en su apelación, el sistema de liquidación de cesantías aplicable a la demandante es el retroactivo. Lo anterior, por cuanto su vinculación con el DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA ocurrió el 15 de noviembre de 1989⁸, es decir con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 (30 de diciembre de 1996).

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Radicación número: 15001-23-31-000-2000-02249-01(8593-05), Actor: ANA NEMIRA BERNAL AVILA, sentencia de 8 de junio de 2006.

⁸ Folio 12 del expediente.



Radicación: 44001 23 33 000 2013 00094 01 (2654-2015)
Demandante: OLAYS OROZCO MINDIOLA
Demandado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

APELACIÓN SENTENCIA

De igual manera, examinado el expediente, no existe prueba alguna que dé certeza en cuanto a que haya manifestado voluntariamente a la administración su deseo de optar por el régimen anualizado, ni que haya adelantado alguno de los trámites subsiguientes exigidos por el Decreto 1582 de 1998 para su traslado, además, el mencionado decreto no prevé la posibilidad de un cambio tácito de régimen, por cuanto esta es una actuación voluntaria del servidor⁹.

De acuerdo con lo precedente, el auxilio de cesantía de la demandante se ha debido liquidar al momento de la finalización de su vínculo laboral, es decir, con el último salario devengado multiplicado por los años laborados en dicha entidad. Al respecto, en el proceso no obra prueba de que dicha vinculación laboral hubiese finalizado, ni ese hecho fue alegado por la parte demandante, razón por la cual el DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA no está obligado a liquidar y pagar las cesantías definitivas a la reclamante, sino hasta el momento del rompimiento de la relación legal y reglamentaria entre ambos extremos.

Como consecuencia de ello, al ser OLAYS OROZCO MINDIOLA beneficiaria del régimen de retroactividad no tiene derecho al pago de intereses a las cesantías por parte del empleador porque este beneficio es exclusivo del sistema anualizado; lo mismo aplica a los beneficiarios del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, por cuanto a éstos es a quienes precisamente el FNA, por ley, está obligado a reconocer intereses a su favor. En ese sentido, esta Corporación ha sostenido lo siguiente:

«[...] En el sistema retroactivo de las cesantías, como ya lo ha precisado la Sala, se liquida con base en el último sueldo devengado lo que evita la depreciación del referido auxilio monetario; mientras que en los demás regímenes se les aplica el sistema de liquidación definitiva anual con el manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, lo que incluye el pago de intereses por parte del empleador. Para los servidores que se vinculen al Fondo Nacional de Ahorro rige la liquidación anual de cesantías y el pago de intereses por parte del Fondo. [...]»¹⁰

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, sentencia de 9 de julio de 2009, Radicación número: 760012331000200203287-01 (1489-01), Actora: MARTA CECILIA DE FÁTIMA JARAMILLO MEJÍA.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B. Sentencia del 18 de agosto de 2011. Radicación 08001233100019980237101 (2615-08).



APELACIÓN SENTENCIA

De acuerdo con lo anterior, los intereses a las cesantías buscan evitar la depreciación del auxilio monetario, lo cual no ocurre en el sistema retroactivo por cuanto al liquidarse el auxilio con el último salario devengado no se presenta el fenómeno depreciativo de la moneda.

De otro lado, la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria de que trata la Ley 50 de 1990, por cuanto dicha sanción sólo es aplicable a quienes se encuentran afiliados a fondos de cesantías privados, lo cual excluye a los servidores públicos cuyo régimen de cesantías es el retroactivo o el de los afiliados al FNA. Lo anterior, de conformidad con lo que la SUBSECCIÓN B de esta SECCIÓN ha expresado en el siguiente pronunciamiento:

«[...] Así las cosas, teniendo en cuenta que la indemnización reclamada por el accionante es propia del régimen anualizado y no del régimen con retroactividad, y que este último fue el régimen que la entidad le reconoció y el actor no cuestionó su legalidad, se concluye que este solo hecho impide el estudio del reconocimiento de la indemnización por mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues, se precisa, no es viable reconocer lo más beneficioso de uno u otro régimen, la aplicación de cada régimen vigente de cesantías es inescindible.[...]»¹¹

Lo mismo ocurre con los rendimientos financieros exigidos por la demandante, en tanto que el reconocimiento de estos corresponde a los fondos privados de cesantías por lo que, se reitera, no es aplicable a la solicitante toda vez que ella es beneficiaria del régimen de retroactividad, es decir, dicho beneficio es excluyente y aplica únicamente a los beneficiarios del sistema de liquidación de cesantías anualizadas regulado en la Ley 344 de 1996.

De acuerdo con lo anterior y en virtud del principio de inescindibilidad de la ley, no es procedente aplicarle normas propias de un sistema de cesantías propio de fondo privado o del FNA, a quienes claramente pertenecen al régimen retroactivo.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B. Radicación 08001233100020050214001 (1710-11).



Radicación: 44001 23 33 000 2013 00094 01 (2654-2015)
Demandante: OLAYS OROZCO MINDIOLA
Demandado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

13

APELACIÓN SENTENCIA

2.5. AFILIACIÓN AL FONDO NACIONAL DEL AHORRO

Uno de los argumentos en los que se fundamentó la demanda, que fue reiterado en el recurso de apelación, es que la demandante considera que la liquidación de la CAJA DEPARTAMENTAL DE PREVISIÓN SOCIAL DE LA GUAJIRA obedeció a que los empleados del ente territorial se acogieran al nuevo régimen de cesantías, creado en la Ley 344 de 1996.

De acuerdo con ese argumento, la demandante señaló que tiene derecho al pago de intereses a las cesantías, indemnización moratoria por la no consignación del auxilio en el fondo de cesantías y a los rendimientos financieros por las cesantías causadas entre enero de 1997 y el año 2001 cuando fue afiliada al FNA.

Reitera la Subsección, como lo señaló en el acápite anterior, que en el proceso no se demostró que la demandante hubiera manifestado su voluntad de trasladarse al régimen de cesantías anualizadas administrado por fondos privados regulado en las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996.

Se observa que en el recurso de alzada, la parte demandante afirmó en distintas ocasiones que el régimen a ella aplicable es el retroactivo, pero aseveró tener derecho al pago de intereses sobre las cesantías, de la sanción moratoria por no consignación al fondo de la Ley 50 de 1990 y al pago de los rendimientos financieros que hubiese obtenido en caso de que la administración departamental hubiera consignado sus cesantías a un fondo constituida para ese efecto.

Empero, como se indicó previamente, los empleados públicos beneficiarios del régimen de liquidación retroactivo de cesantías, no tienen derecho al pago de intereses a las cesantías, ni a la sanción moratoria por la no consignación del auxilio en un fondo privado de cesantías, ni al pago de rendimientos financieros. Ello por cuanto dicho sistema resulta más beneficioso para el empleado que los regulados en las Leyes 344 de 1996 y 432 de 1998.

No obstante, en el proceso se acreditó la afiliación de la demandante al FONDO NACIONAL DEL AHORRO porque fue un hecho no controvertido por el DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA en la fijación del litigio y, a folios 106 y 108 del expediente obran



Radicación: 44001 23 33 000 2013 00094 01 (2654–2015)

Demandante: OLAYS OROZCO MINDIOLA

Demandado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

14

APELACIÓN SENTENCIA

extractos individuales de cesantías de la señora OLAYS OROZCO MINDIOLA en el FNA desde el año 2002.

En ese sentido, si bien en el ordenamiento jurídico colombiano existen tres regímenes diferentes de liquidación de cesantías y que por el principio de inescindibilidad no pueden aplicarse a un mismo caso reglas de dos o más de ellos, lo cierto es que en el caso de los beneficiarios del régimen de retroactividad, estos pueden ser afiliados al FONDO NACIONAL DEL AHORRO o a las entidades administradoras de cesantías creadas por la Ley 50 de 1990 (fondos privados). Al respecto, el Decreto 1582 de 1998 señala lo siguiente:

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

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. [...]» (Subrayado de la Subsección)

El mencionado decreto seguidamente, en el artículo 2 reguló:

«[...] Artículo 2º.- Las entidades administradoras de cesantías creadas por la Ley 50 de 1990 podrán administrar en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial que se encuentran bajo el sistema tradicional de retroactividad, es decir, de los vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 344 de 1996.

La afiliación de los servidores públicos territoriales a un fondo de cesantías en el evento previsto en el inciso anterior, se realizará en virtud de convenios suscritos entre los empleadores y los mencionados fondos, en los cuales se precisen claramente las obligaciones de las partes, incluyendo la periodicidad con que se harán los aportes por la entidad pública, y la responsabilidad de la misma por el mayor valor resultante de la retroactividad de las cesantías.

Parágrafo.- En el caso contemplado en el presente artículo, corresponderá a la entidad empleadora proceder a la liquidación parcial o definitiva de las cesantías, de lo cual informará a los respectivos fondos, con lo cual éstos pagarán a los afiliados, por cuenta de la entidad empleadora, con los recursos que tengan en su poder para tal efecto. Esto hecho será comunicado por la administradora a la entidad pública y ésta responderá por el mayor valor en razón del régimen de retroactividad si a ello hubiere lugar, de acuerdo con lo



Radicación: 44001 23 33 000 2013 00094 01 (2654-2015)
Demandante: OLAYS OROZCO MINDIOLA
Demandado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

15

APELACIÓN SENTENCIA

establecido en el artículo 14 de la Ley 344 de 1996.

En el evento en que una vez pagadas las cesantías resultare un saldo a favor en el fondo de cesantía, el mismo será entregado a la entidad territorial [...]»
(Subrayado fuera de texto)

De la lectura de los dos artículos del Decreto 1582 de 1998, transcritos, se podría concluir, en principio, que a los beneficiarios del régimen retroactivo de cesantías, al poder ser afiliados a fondos privados administradores de cesantías o al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, les aplicarían las normas y beneficios creados para estos sistemas de liquidación de cesantías. No obstante, la Subsección considera que dichas reglas deben ser interpretadas armónica y sistemáticamente con las normas superiores que las fundamentan. Para el efecto, téngase presente que la Ley 344 de 1996¹² se expidió con el propósito de racionalizar el gasto público, así:

«[...] Artículo 1o. Por medio de esta Ley se adoptan medidas tendientes a racionalizar y disminuir el gasto público, garantizar su financiamiento y reasignar recursos hacia sectores deficitarios de la actividad estatal, como condición fundamental para mantener el equilibrio financiero y garantizar el cumplimiento de los principios de economía, eficacia y celeridad en el uso de los recursos públicos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 209 de la Constitución Política. [...]»

En ese sentido, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reguló el régimen de cesantías de los servidores públicos de la siguiente forma:

«[...] 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.

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.[...]»

¹² «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»



APELACIÓN SENTENCIA

Se resalta que la CORTE CONSTITUCIONAL en sentencia de constitucionalidad contra los artículos 13, 14, 15, 18, 22, 26, 29 y 30 de la Ley 344 de 1996, C-428 de 1997,¹³ se pronunció sobre la modificación del sistema de liquidación de cesantías::

«[...] Tal es el caso precisamente del régimen de cesantías, que resulta reformado por el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 para las personas que se vinculen en el futuro a los órganos y entidades del Estado. Las reglas que se venían aplicando, en cuanto hacían parte del régimen prestacional, eran de jerarquía legislativa y solamente podían ser afectadas o modificadas mediante ley, por lo cual las directrices que el Congreso ha dictado en la norma que ocupa la atención de la Corte no podían dejar de contemplar de manera directa, como se hizo, los nuevos sistemas de liquidación definitiva de cesantías por anualidades o fracciones de ellas.

Se cambió, pues, por el legislador -que era quien podía hacerlo- el sistema que se hallaba en vigor, y a ello se procedió con el propósito definido de disminuir o atemperar el gasto público, pero no aparece por tales razones violado precepto constitucional alguno, en cuanto no se afectaron los derechos adquiridos de los trabajadores (la norma surte efectos hacia el futuro); no se rompió la unidad de materia exigida por la Carta; no se vulneró el artículo 150, numeral 19, de la Constitución Política; no se sustituyó al Gobierno en el ejercicio de una función que fuera propia de él y, por el contrario, se circunscribió el Congreso a establecer reglas propias de su competencia. [...]»

De acuerdo con la jurisprudencia expuesta, resulta claro para esta Subsección que el propósito del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 fue modificar legalmente el sistema de liquidación de las cesantías de los empleados públicos de forma tal que se disminuyera el gasto público producto del pago del auxilio de éstos que se liquidaban con el último salario devengado por el trabajador multiplicado por el tiempo total laborado por él.

En ese orden de ideas y como la sentencia citada lo indicó la nueva regulación no afectó los derechos adquiridos de los trabajadores, porque el artículo 13 de la Ley 432 de 1996 produjo efectos hacia el futuro. Razón por la cual no se puede concluir que quien es beneficiario del régimen de cesantías retroactivas por el hecho de poder afiliarse a un fondo de cesantías privado o al FNA, automáticamente modificó el régimen legal que le es aplicable, o que las normas y privilegios de los otros sistemas de liquidación le sean aplicables en lo más favorable.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL, Ref.: Expedientes acumulados D-1590, D-1599, D-1607 y D-1613, Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 13, 14, 15, 18, 22, 26, 29 y 30 de la Ley 344 de 1996, Actores: LUIS ANTONIO VARGAS ÁLVAREZ y otros.



Radicación: 44001 23 33 000 2013 00094 01 (2654-2015)
Demandante: OLAYS OROZCO MINDIOLA
Demandado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

17

APELACIÓN SENTENCIA

El objetivo de los artículos 1º y 2º del Decreto 1582 de 1998 no es otro que permitir a la administración sanear sus finanzas y obtener una mejor gestión administrativa y presupuestal, liquidando y consignando o transfiriendo las cesantías causadas anualmente por sus empleados, incluidos los beneficiarios del sistema retroactivo de liquidación, pero con la salvedad de que la entidad empleadora deberá pagar los mayores valores causados por cesantías a sus trabajadores cobijados por dicho régimen. Así, el párrafo del artículo 5º de la Ley 432 de 1998 dispone:

«[...] Artículo 5º.- Afiliación de servidores públicos. A partir de la vigencia de la presente Ley deben afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

No se aplica lo anterior al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989.

Podrán afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos que se afilien voluntariamente al Fondo Nacional de Ahorro solo podrán trasladarse a una sociedad administradora de fondos de cesantías, transcurridos tres años desde la afiliación, siempre que no tengan obligación hipotecaria vigente con el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo.- En los casos en que los servidores públicos tengan régimen de retroactividad en las cesantías, el mayor valor será responsabilidad de la entidad empleadora. [...]» (Subrayado de la Subsección)

Aunado a lo citado en precedencia, en el caso de los beneficiarios del régimen de retroactividad que sean afiliados a los fondos privados de cesantías, dicha afiliación no es voluntaria, sino que responde a un convenio entre el fondo y el empleador, tendiente precisamente a que éste último consigne en la forma convenida las cesantías de cada trabajador del régimen mencionado por el mayor valor resultante de la retroactividad de las cesantías, según el artículo 2 del Decreto 1582 de 1998¹⁴:

«[...] Artículo 2º.- Las entidades administradoras de cesantías creadas por la Ley 50 de 1990 podrán administrar en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial que se encuentran bajo el sistema tradicional de retroactividad, es decir, de los vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 344 de 1996.

¹⁴ Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia.



Radicación: 44001 23 33 000 2013 00094 01 (2654–2015)

Demandante: OLAYS OROZCO MINDIOLA

Demandado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

18

APELACIÓN SENTENCIA

La afiliación de los servidores públicos territoriales a un fondo de cesantías en el evento previsto en el inciso anterior, se realizará en virtud de convenios suscritos entre los empleadores y los mencionados fondos, en los cuales se precisen claramente las obligaciones de las partes, incluyendo la periodicidad con que se harán los aportes por la entidad pública, y la responsabilidad de la misma por el mayor valor resultante de la retroactividad de las cesantías. [...]»

Por lo tanto, cuando la demandante fue afiliada al FONDO NACIONAL DEL AHORRO por su empleador, no fue con el objetivo de cambiarla de régimen de liquidación de cesantías pues dicho cambio sólo podía operarse por la voluntad del beneficiario o empleado, sino con el de cambiar la entidad pagadora y administradora de la prestación social. Y en caso de que el empleado público solicitara el pago de la cesantía parcial o definitiva, era el empleador quien debería girar al FNA el mayor valor que correspondiera por la liquidación retroactiva de la cesantía.

Si bien en virtud del Decreto 1582 de 1998 los beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas pueden ser afiliados al FONDO NACIONAL DEL AHORRO o a los fondos de cesantías privados, dicha situación no conlleva el cambio de sistema de liquidación de cesantías.

En conclusión, la afiliación de la demandante en el 2001 al FONDO NACIONAL DEL AHORRO no generó que el régimen retroactivo de cesantías del cual era beneficiaria hubiera cambiado por el sistema de liquidación de cesantías propio de los servidores públicos afiliados voluntariamente al FNA.

2.6. RESPECTO DEL DECRETO 344 DE 1996

Ahora bien, frente a la pretensión de reconocimiento, liquidación y pago del auxilio de cesantía, supuestamente reconocido en el Decreto 344 de 1996¹⁵, el cual no ha sido pagado ni consignado a un fondo de cesantías, por lo que considera la demandante que debían liquidarse igualmente los rendimientos, intereses sobre las cesantías y sanción moratoria por la mora en el pago o consignación de dicha prestación; esta Sala encuentra que dicha norma, proferida por el DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA, y por medio del cual se aprobó la liquidación de la CAJA

¹⁵ Folios 24 y 25 del expediente.



APELACIÓN SENTENCIA

DEPARTAMENTAL DE PREVISIÓN SOCIAL del citado ente territorial, no se advierte que en algún aparte se haya reconocido derecho al pago de cesantías definitivas o parciales a favor de la demandante o de algún tercero.

En efecto, una vez analizado el contenido del decreto citado, la Subsección advierte que en éste se: i) aprobó la liquidación de la CAJA DEPARTAMENTAL DE PREVISIÓN SOCIAL DE LA GUAJIRA; ii) ordenó AL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA asumir o adquirir los activos de la entidad liquidada que ascendían a \$6.911.286.083,96 de acuerdo con el Balance General del 31 de marzo de 1996, y; iii) ordenó al ente territorial asumir los pasivos y el patrimonio de la extinta CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL por valor de \$6.911.286.083,36.

En criterio de la Subsección, del contenido del Decreto 344 de 1996 no se desprende el reconocimiento del auxilio de cesantía, ya fuera en forma parcial o definitiva, a favor de la demandante, razón por la cual no hay lugar a ordenar el pago de una prestación no reconocida en el decreto ya nombrado.

Ahora, si bien al momento de la liquidación de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE LA GUAJIRA se anexó la «Relación individual de cesantías consolidadas a 31 de marzo de 1996»¹⁶ en la cual se indicó que la señora OROZCO MINDIOLA tenía unas cesantías consolidadas entre el 15 de noviembre de 1989 y el 31 de marzo de 1996 por valor de \$3.164.097,09, lo cierto es que dicha relación no significa por sí misma el reconocimiento del derecho al pago de cesantías parciales o definitivas en favor de la demandante. Lo anterior por cuanto:

- No obra acto administrativo que reconozca el derecho al pago de cesantías causadas entre la fecha de vinculación de la demandante con el DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA y el 31 de marzo de 1996 (fecha de liquidación de la CAJA DEPARTAMENTAL DE PREVISIÓN SOCIAL DE LA GUAJIRA).
- La adquisición de los activos y pasivos de la extinta CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE LA GUAJIRA por parte del Departamento no implicó el deber de éste de reconocer y cancelar las cesantías consolidadas al 31 de marzo de 1996, por cuanto los

¹⁶ Ver folio 26.



APELACIÓN SENTENCIA

empleados públicos vinculados con la administración territorial para aquella época eran beneficiarios del régimen de cesantías retroactivo, razón por la cual sus cesantías se liquidaban con el último salario devengado.

- El DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA sólo debía: i) liquidar y reconocer el auxilio de cesantías a aquellos servidores públicos que solicitaran el pago parcial de este, ii) o que se desvincularan de la entidad territorial, iii) o que a partir de enero de 1997 se hubiesen afiliado voluntariamente a un fondo administrador de cesantías privado.

De acuerdo con lo anterior, al no haber reconocimiento de las cesantías no había obligación de pagarlas, razón por la cual, tampoco hay lugar a reconocer la consecuencia consistente en la sanción moratoria regulada en la Ley 244 de 1995.

En conclusión, no es posible acceder a la pretensión de la parte demandante, toda vez que el Decreto 344 de 1996, proferido por el DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA, no reconoció ni ordenó el pago del auxilio de cesantía parcial o definitiva causada hasta el 31 de marzo de 1996 en favor de la señora OLAYS OROZCO MINDIOLA .

2.7. DEL AUXILIO DE CESANTÍAS ENTRE LOS AÑOS 1997 A 2001

En la reclamación administrativa elevada ante el DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA, la demandante solicitó adicionalmente que se ordenara el pago del auxilio de cesantía comprendido entre enero de 1997 y diciembre de 2001 junto con los correspondientes intereses, rendimientos y actualización, por cuanto en dicho periodo la señora OROZCO MINDIOLA no fue afiliada a un fondo de cesantías y en consecuencia, no se le giró ningún monto por dicho concepto a uno de estos fondos.

Ahora bien, mediante Resolución 060 de 20 de mayo de 1998¹⁷ se le reconoció a la demandante una cesantía parcial por valor de \$7.008.350,00, acumulada desde la fecha de ingreso hasta el 18 de mayo de 1998 y, posteriormente, se le reconoció a través de la Resolución 826 de 2001¹⁸ cesantías parciales acumuladas por el periodo comprendido entre el 15 de noviembre de 1989 a 20 de febrero de 2001.

¹⁷ Folio 69 del expediente.

¹⁸ Folio 71.



Radicación: 44001 23 33 000 2013 00094 01 (2654-2015)
Demandante: OLAYS OROZCO MINDIOLA
Demandado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

21

APELACIÓN SENTENCIA

De acuerdo con lo anterior, se podría concluir que efectivamente ocurrió un doble pago toda vez que a través de ambas resoluciones (060 de 1998 y 826 de 2001) se le reconocieron cesantías parciales por el mismo periodo (del 15 de noviembre de 1989 a 20 de febrero de 2000).

No obstante, en la Resolución 826 de 2001, la administración departamental ordenó reconocer y pagar a la señora OLAYS OROZCO MINDIOLA la suma de \$4.032.950,00, por concepto de retroactivo de cesantía parcial generado durante la relación laboral. De acuerdo con dicha resolución, al momento de la liquidación de las cesantías retroactivas parciales, le fueron deducidos los pagos que por el mismo concepto se le realizaron previamente, de la cual sólo obra prueba de un pago anterior por valor de \$2.500.015, reconocido en la Resolución 060 de 1998.

Es preciso indicar que en el sistema de liquidación retroactivo de cesantías, éstas deben liquidarse siempre con el último salario devengado por el empleado al momento del retiro o desvinculación de la entidad pública y del valor resultante se descuentan los pagos parciales que se hubieren efectuado. Así, si el empleado, al momento de desvincularse de la entidad había solicitado el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, la liquidación tendrá en cuenta el periodo total laborado y por lo tanto es claro que a la demandante no se le cancelaron doblemente las cesantías parciales que le fueron reconocidas en las resoluciones antes señaladas.

En conclusión, no es posible acceder a las súplicas de la demanda y por lo tanto se debe confirmar el fallo de primera instancia mediante el cual se negó el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria a favor de la señora OLAYS OROZCO MINDIOLA.

2.8. DE LA CONDENA EN COSTAS

Frente a la condena en costas en primera instancia, la parte demandante manifestó su oposición al considerar que no se había demostrado que hubiera negligencia o temeridad para interponer la demanda, o carencia de fundamento legal de las pretensiones, ni mala fe. Asimismo, indicó que el proceso cursó sin traumatismos y la parte demandada no sufrió desgastes ni gastos considerables, y tampoco se demostró la causación de un perjuicio a la parte demandada.



APELACIÓN SENTENCIA

Respecto al tema, esta Subsección en múltiples providencias¹⁹ tuvo la oportunidad de sentar posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en las cuales se ha concluido lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA– a uno “objetivo valorativo” –CPACA–.
- b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²⁰, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

¹⁹ Al respecto, ver sentencia de 3 de marzo de 2016, proferida por la Subsección “A” de la SECCIÓN SEGUNDA DEL CONSEJO DE ESTADO, Radicado: 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753–2014).

²⁰ **“Artículo 366. Liquidación.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”



Radicación: 44001 23 33 000 2013 00094 01 (2654-2015)
Demandante: OLAYS OROZCO MINDIOLA
Demandado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

23

APELACIÓN SENTENCIA

Ahora bien, el *a quo* en la sentencia de primera instancia condenó en costas a la parte demandante y fijó como agencias en derecho el equivalente al 1% del valor de las pretensiones.

Por consiguiente, la Subsección considera que la condena en costas impuesta en primera instancia estuvo ajustada a derecho.

En cuanto al recurso de apelación surtido ante esta Corporación, no se condenará en costas a la parte demandante porque si bien resulta vencida en segunda instancia de acuerdo con el numeral 3 del artículo 365 del CGP, la entidad demandada no intervino en esta instancia.

Por las razones expuestas en esta providencia, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia dictada por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA, que denegó las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A" administrando justicia en nombre de la REPÚBLICA DE COLOMBIA y por autoridad de la ley,

III. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR LA SENTENCIA proferida el 5 de mayo de 2015 por medio de la cual el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA negó las pretensiones de la demanda, que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó la señora OLAYS OROZCO MINDIOLA contra el DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en la instancia.

TERCERO: Se acepta la sustitución de poder visible a folio 260 del expediente, y se reconoce personería para actuar como apoderado de la parte demandante al



Radicación: 44001 23 33 000 2013 00094 01 (2654-2015)

Demandante: OLAYS OROZCO MINDIOLA

Demandado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

24

APELACIÓN SENTENCIA

abogado ULGABIS ENRIQUE RODRÍGUEZ BOLAÑOS, identificado con tarjeta profesional 38.834 del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.

CUARTO: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa "Justicia Siglo XXI" y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS