

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

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-004-2017-00212-01
Demandante	ORLANDO BORRE ARRIETA
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
Tema	<i>Sanción moratoria por demora en el pago de cesantías retroactivas de empleados sector salud del orden territorial- Régimen de cesantías anualizadas por encontrarse afiliados al Fondo Nacional del Ahorro- Decretos 3118 de 1968, Ley 432 de 1998 y su decreto reglamentario Decreto 1582 de 1998.</i>
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión¹, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 19 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se decidió denegar las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA².

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor ORLANDO BORRÉ ARRIETA instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del ACUERDO PCSJA20-11549 del CSJ de 7 de mayo de 2020, artículo 5, numeral 5.5., que levantó la suspensión de términos en los procesos seguidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pendientes de dictar sentencia en primera, segunda y única instancia; y en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales

² Folios 3-9 cuaderno 1

13-001-33-33-004-2017-00212-01

del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

3.1.1 Pretensiones³

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio identificado GOBOL – 17-011814 de fecha 19 de abril de 2017, emanado de la Oficina de Talento Humano, mediante la cual dio respuesta negativa a la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora prevista en la ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006.
2. Como consecuencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho solicita que se condene a la parte demandada al pago de la sanción por mora a partir del día siguiente a los 65 días hábiles posteriores a la radicación de la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas en la modalidad retroactivas hasta cuando se hizo el pago efectivo de la misma, debidamente ajustado a la ejecutoria de la sentencia.
3. Condenar en costas y agencias en derecho.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

3.1.2 Hechos⁴

El demandante expone que, fue nombrado como Gineco – Obstetra en la Clínica Maternidad Rafael Calvo C., mediante la Resolución No. 074 de fecha 21 del mes de mayo del año 1986, tomando posesión del cargo el día 5 de junio del mismo año, según Acta de Posesión No. 007.

Que presentó reclamación administrativa el día 19 de julio de 2012 ante la Gobernación de Bolívar con el fin de que se le reconociera y ordenara a su favor el pago de las cesantías definitivas en la modalidad retroactivas.

Que mediante Resolución No. 074 de 22 de junio de 2015, le fueron reconocidas las cesantías definitivas en la modalidad retroactivas, las cuales

³ Folio 4 cdno 1

⁴ Folio 3-4 cdno 1

13-001-33-33-004-2017-00212-01

fueron pagadas de forma indexada el día 8 de julio de 2015, conforme al comprobante de egreso No. 237759, lapso que supera el término de los 65 días que fijó la norma para tal fin.

Por lo anterior, el día 11 de abril de 2017, el demandante solicitó ante la Gobernación de Bolívar – Secretaría de Salud Departamental de Bolívar, el reconocimiento y pago de la sanción por mora de que trata la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, por habersele reconocido, liquidado y cancelado las cesantías definitivas en la modalidad retroactivas de forma tardía, detonándose que la entidad demandada sobrepasó el término consagrado en la ley.

Ante lo cual, la entidad demandada dio respuesta de forma negativa mediante Oficio GOBOL – 17 – 011814 de fecha 19 de abril de 2017 en el cual indicó que el derecho reclamado fue presentado extemporáneamente, por lo tanto se encuentran prescritos, agregando que, se reconocieron y cancelaron las cesantías definitivas en la modalidad de retroactivas debidamente indexadas.

3.1.3. Normas violadas y concepto de la violación⁵

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes: Constitución Política, artículos 1, 2, 90 y 124; artículo 151 del Código Procesal Laboral, Ley 4 de 1992, Ley 6 de 1945, Ley 65 de 1956, Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006.

Considera que la entidad demandada ha quebrantado las disposiciones constitucionales señaladas, por cuanto desconoce las obligaciones emanadas de la relación laboral. Afirmando, específicamente sobre los artículos 90 y 124, que son el sostén de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, cuando lesiona los derechos de los gobernados que han sido garantizados por leyes expedidas por el legislador.

Ley 4 de 1992

Sostiene que la entidad demandada con su conducta ha desconocido los derechos fundamentales que consagra la Constitución Nacional, como es el derecho al trabajo, así como el derecho constitucional de percibir una

⁵ FI 5-6

13-001-33-33-004-2017-00212-01

remuneración por el ejercicio de su trabajo, la cual debe ser adecuada al esfuerzo que implica la tarea cumplida por el trabajador. Agregando que, ésta ley señala las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Ley 6 de 1945, Ley 65 de 1956, Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006

Indica que, estos preceptos legales, fijan lineamientos que permiten al empleador pagar las cesantías definitivas al momento en que el empleado queda desvinculado de la entidad.

Por ello, el legislador fijó los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado y estableció sanciones por mora en el pago de dichas prestaciones; constituyendo una garantía del derecho al pago oportuno del salario contenido en el inciso 3 del artículo 53 Constitucional, y es también desarrollo del Convenio 95 de la OIT que protege el salario y su pago oportuno.

3.2. CONTESTACIÓN DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR⁶

Esta entidad demandada dio contestación a la demanda el 16 de noviembre de 2017, manifestando su oposición a las pretensiones de la demanda, considerándolas no ajustadas a derecho.

Aceptó los hechos 1, 2, 3, 7, 8 y 9; y aceptando parcialmente los hechos 4, 5 y 6; explicando que la solicitud fue presentada en la fecha indicada en la demanda, pero que el reconocimiento no se da en la fecha pretendida, pues la desvinculación laboral del demandante se dio el 2 de mayo de 2014; Que el reconocimiento de las cesantías definitivas a favor del actor se dio mediante la Resolución No. 724 de 22 de junio de 2015, la cual fue pagada el día 8 de julio de 2015, no habiendo transcurrido más de 65 días desde el acto administrativo anterior; agregando que el actor presentó petición de sanción por mora en el pago de las cesantías definitivas, pero la entidad demandada no sobrepasó el tiempo legal para ello, pues la prestación fue reconocida dentro del término.

⁶ Folios 32-36 Cuaderno 1

13-001-33-33-004-2017-00212-01

Como excepciones de fondo la parte demandada propuso la de (i) Inexistencia de obligación de pagar y (ii) Prescripción.

La entidad demandada, aduce que el demandante presentó una solicitud de fecha 19 de julio de 2012, mientras estaba al servicio activo, pues su desvinculación se dio el día 2 de mayo de 2014, esto es, dos años después de haber solicitado el reconocimiento y pago de cesantías definitivas.

Explicó que, la fecha que indica el actor en la demanda (19 de julio de 2012), sólo fue aludida en la Resolución No. 724 del 22 de junio de 2015, para efectos de estudiar el fenómeno de la prescripción, más no para tenerla en cuenta para efectos de acceder a la prestación pedida.

Agregando, que el actor no acreditó en qué fecha solicitó la prestación que le fue reconocida en la Resolución No. 724 del 22 de junio de 2015, carga que debió ser satisfecha por la parte demandante; siendo que lo pretendido tiene su fundamento en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, dicha prestación sólo se genera por el no pago de las cesantías solicitadas después del retiro del servicio.

Citó lo esbozado por el Consejo de Estado en sentencia proferida dentro del proceso radicado bajo el No. 05001-23-31-000-2004-05321-01, concluyendo que, desde la fecha en que le fue reconocida la prestación al demandante hasta la fecha en que recibió el pago, no transcurrieron los 45 días que establece el legislador, por lo que no podría hablarse de mora.

3.3. SENTENCIA IMPUGNADA⁷

Por medio de providencia del 19 de diciembre de 2018, la Juez Cuarto Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió denegar las pretensiones de la demanda, así:

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Condenar en costas de primera instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho a la parte demandante, vencida en este asunto, señor Orlando Borré Arrieta, en favor de la demandada, departamento de Bolívar, las

⁷ Folios 111-119 Cuaderno 1

13-001-33-33-004-2017-00212-01

cuales deberán ser liquidadas por secretaría, una vez en firme la sentencia, de conformidad con lo dispuesto el Código General del Proceso. (...)”

La A quo consideró que dentro del acervo probatorio obrante en el expediente no hay prueba alguna que dé certeza o indique que la entidad demandada expidió dicho el acto administrativo de reconocimiento de la prestación por fuera del término concedido para tal efecto, ello, ante la inexistencia de prueba que demuestre la fecha en la cual el actor radicó su solicitud de pago de cesantías, a pesar de la insistencia del despacho para el recaudo de la prueba en mención.

Igualmente argumentó que el pago fue realizado mediante transferencia bancaria que fue recibida el 13 de julio de 2015, esto es habiendo transcurrido 21 días calendario. Así las cosas, se tiene que el Departamento de Bolívar realizó el pago dentro del plazo previsto en el art. 5 de la Ley 1071 de 2006, por cuanto el mismo fue realizado dentro de los 45 días de que trata la norma.

Concluyó que, ante el incumplimiento de la carga probatoria que le asistía al demandante, el Despacho no contaba con los elementos de juicio que acreditaran que la entidad demandada profirió el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías de manera extemporánea, así como el pago extemporáneo, que generara a favor del actor el derecho a reclamar la sanción moratoria pedida.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁸

Por medio de escrito del 01 de febrero de 2019, la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la providencia del 19 de diciembre de 2018, alegando que, si bien es cierto que en la Resolución No. 724 del 22 de junio de 2015, dice que el actor laboró en la Gobernación de Bolívar en el área de la salud en la Clínica Maternidad Rafael Calvo y que se desvinculó el 2 de mayo de 2014, también es cierto que dentro del proceso no hay constancia de desvinculación en la referida fecha, contrario a ello, en el expediente se aprecia que al actor le fue aceptada renuncia por parte de la Gerencia de la ESE Clínica de Maternidad Rafael Calvo C, mediante la Resolución No. 0433-15 el día 7 de mayo de 2015.

⁸ Folios 121-123 Cuaderno 1

13-001-33-33-004-2017-00212-01

Sostiene que, con el material probatorio aportado al proceso, no existe duda respecto de la vinculación al Departamento de Bolívar en el servicio seccional de Salud de Bolívar – Clínica Maternidad Rafael Calvo en el año 1986; como tampoco existe duda que el actor presentó renuncia ante la Gerencia de la ESE Clínica Maternidad Rafael Calvo de Cartagena.

Explica que, el Departamento de Bolívar en uso de sus facultades legales y constitucionales, trasformó la Clínica Maternidad Rafael Calvo a ESE Clínica Maternidad Rafael Calvo de Cartagena, convertida en una entidad pública de categoría especial dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, integrante del sistema de seguridad social y sometida al régimen jurídico previsto en el capítulo VII artículo 98 del Decreto 1298 de 1994.

Anota que, el Departamento de Bolívar era la entidad que tenía el deber de reconocer y pagar las cesantías retroactivas del actor, generadas por lo menos hasta el año 1994, ya que en el año 1995, al haberse transformado la Clínica Maternidad Rafael Calvo en ESE Clínica Maternidad Rafael Calvo de Cartagena, el actor fue transferido a la planta de personal de ésta.

Que, a partir del año 1995 la ESE Clínica de Maternidad Rafael Calvo de Cartagena, adquirió la responsabilidad en materia salarial y prestacional con sus trabajadores por ser una entidad descentralizada, con autonomía administrativa y contar con patrimonio propio.

Por lo anterior, el demandante solicitó a nombre propio las cesantías definitivas en la modalidad retroactivas ante el ente departamental el día 19 de julio de 2012, por cuanto el actor no estaba vinculado para la fecha 2 de mayo de 2014 con el Departamento de Bolívar en la Clínica Maternidad Rafael Calvo, sino con la ESE Clínica Maternidad Rafael Calvo de Cartagena.

Concluye, solicitando sea revocada la sentencia recurrida.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

Por medio de acta individual de reparto, adiada a 19 de marzo de 2019⁹, se repartió el presente asunto a este Tribunal, posteriormente, a través de auto de fecha 21 de mayo de 2019¹⁰, se dispuso la admisión de la impugnación; y, con providencia del 17 de octubre de 2019¹¹, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante presentó su escrito de alegatos ratificándose en los argumentos de la demanda¹². La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

⁹ Folio 3 Cuaderno apelaciones

¹⁰ Folio 5 Cuaderno apelaciones

¹¹ Folio 10 Cuaderno apelaciones

¹² Folios 14-16 Cuaderno apelaciones

5.2. Problema jurídico.

El problema jurídico que se planteará, está determinado por los argumentos expuestos en el recurso de apelación presentado por la parte actora y la sentencia de primera instancia, así:

¿Tiene derecho el señor ORLANDO BORRE ARRIETA, como empleado del sector salud vinculado antes de la Ley 10 de 1990 al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el no pago oportuno de las cesantías definitivas en la modalidad de retroactivas?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, debido a que el demandante se vinculó al sector salud en 1986, y en virtud del artículo 30 de la Ley 10 de 1990, su régimen de cesantías es anualizado, por ello afiliada al Fondo Nacional del Ahorro en virtud de los Decretos 3118 de 1968, régimen que no permite el reconocimiento de la sanción moratoria solicitada.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Cesantías de los servidores públicos del sector salud

Mediante sentencia del 26 de abril de 2018, la Sección Segunda del Consejo de Estado, estudió el régimen de cesantías retroactivas para los empleados públicos de las seccionales de salud a nivel territorial, por lo que en el mismo determinó que:

Tratándose los accionantes de funcionarios del sector salud del orden territorial, es oportuno precisar el régimen de cesantías que les es aplicable, para lo cual se ha de partir del momento en que se produjo su vinculación laboral, de manera que si esta fue anterior a la Ley 10 de 1990, la aludida prestación se rige por lo consagrado en el literal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y los artículos 1º del Decreto 2767 de 1945, 1º de la Ley 65 de 1946 y 1º, 2º, 5º y 6º del Decreto 1160 de 1947, es decir el régimen de retroactividad, que era la regla general para los empleados del orden territorial, mientras que para los servidores del nivel nacional, después de la expedición del Decreto 3118 de 1968, lo era la afiliación al Fondo Nacional del Ahorro, incluso aquellos pertenecientes al sector salud. (Subrayas de la Sala).

13-001-33-33-004-2017-00212-01

De esta manera, los empleados del sector salud pertenecientes al nivel territorial y sus entes descentralizados, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 10 de 1990, en materia prestacional se regían por las mismas disposiciones que los nacionales, por lo que, para la liquidación y pago de sus cesantías debía recurrirse a las prescripciones del Decreto 3118 de 1968, que prevé el modelo anualizado administrado por el Fondo Nacional del Ahorro.

Las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946 y los Decretos 2767 de 1945 y 1160 de 1947, previeron el derecho al auxilio de cesantías para los servidores del sector público en los órdenes nacional, seccional y territorial, en razón a un mes de sueldo por cada año de trabajo continuo o discontinuo y proporcional por las fracciones de año.

Para efectos de su liquidación, se dispuso, como regla general, tener en cuenta el último salario fijo devengando por el empleado así como todo aquello que haya percibido a cualquier otro título y que implicara directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, de este modo el régimen tenía carácter retroactivo y el pago efectuado siempre era actualizado, pero no en proporción a lo realmente devengado por el servidor por cada año de servicios, lo que causó un desequilibrio en el sistema.

Frente a ello, el Gobierno Nacional optó por expedir el Decreto 3118 de 1968 “por el cual se crea el Fondo Nacional del Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones”, con el propósito de iniciar el proceso de desmonte de la llamada retroactividad de las cesantías, para dar paso a un sistema de liquidación anual, así como con la finalidad de pagar oportunamente el auxilio de cesantía a los empleados públicos y trabajadores oficiales. Este nuevo régimen dispuso a cargo del Fondo Nacional del Ahorro el pago de intereses para proteger el auxilio de la cesantía contra la depreciación monetaria.

Con el decreto referido se suprimió el régimen de retroactividad para remplazarlo por el de liquidación anualizada, administrado por el Fondo Nacional del Ahorro, pero únicamente en relación con los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional, es decir, que los servidores del nivel territorial que venían gozando de la retroactividad no vieron afectado su

13-001-33-33-004-2017-00212-01

derecho de manera que ese sistema era el que se le continuaba aplicando a la liquidación del auxilio en comento, de tales empleados.

Se observa entonces, que en los distintos niveles del sector oficial (nacional-departamental y municipal) se aplicaban diversos regímenes prestacionales, por ello **el legislador con la intención de unificarlos expidió la Ley 10 de 1990 “Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”, prescribiendo en cuanto al régimen prestacional de los empleados de la salud del nivel territorial, lo siguiente:**

“ARTICULO 30. Régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos. Las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud, aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa, y les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo. A los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la presente Ley”. (Subrayas fuera del texto)

Por lo anterior, los empleados del sector salud pertenecientes al nivel territorial y sus entes descentralizados, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 10 de 1990, en materia prestacional se regían por las mismas disposiciones que los nacionales, por lo que, para la liquidación y pago de sus cesantías debía recurrirse a las prescripciones del Decreto 3118 de 1968, que prevé el modelo anualizado administrado por el Fondo Nacional del Ahorro.

Posteriormente el artículo 242 de la Ley 100 de 1993, “Por el cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, instituyó la prohibición expresa de reconocer y pactar “para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantías a ellos aplicable”, de manera que el sistema de liquidación anualizado se convirtió en la regla general para este tipo de empleados. Así mismo, se refirió al Fondo Prestacional del sector Salud, aclarando que asumiría el costo adicional generado por concepto de la retroactividad de las cesantías del sector salud, en los siguientes términos:

13-001-33-33-004-2017-00212-01

“ARTÍCULO 242. FONDO PRESTACIONAL DEL SECTOR SALUD. El fondo del pasivo prestacional para el sector salud, de que trata la Ley 60 de 1993, cubrirá las cesantías netas acumuladas y el pasivo laboral por pensiones de jubilación causado a 31 de diciembre de 1993.

El costo adicional generado por concepto de la retroactividad de cesantía del sector salud que a la vigencia de esta ley tienen derecho a ello, conforme al artículo 33 de la Ley 60 de 1993, y para los fines previstos en ésta, será asumido por el fondo del pasivo prestacional y las entidades territoriales, en los plazos y términos de concurrencia que establece la misma ley.

A partir de la vigencia de la presente ley no podrán reconocerse ni pactarse para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantía a ellos aplicable.

(...)

PARÁGRAFO: Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, entiéndese por cesantías netas, las cesantías acumuladas menos las pagadas a 31 de diciembre de 1993”.

Con la expedición de la Ley 344 de 1996 “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”, en su artículo 13 estableció la liquidación anual del auxilio de cesantías a todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, cualquiera sea su nivel (nacional o territorial), exceptuando al personal uniformado de las Fuerzas militares y de la Policía Nacional, a partir de su entrada en vigencia, esto es, el 31 de diciembre de 1996.

Para reglamentar este nuevo régimen en el ámbito territorial se expidió el Decreto 1582 de 1998, por medio del cual el Presidente de la República reglamentó parcialmente el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, extendió el régimen de liquidación de cesantías anualizado previsto en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, a los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y que se afiliaran a los fondos privados administradores de cesantías, dispuso 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

13-001-33-33-004-2017-00212-01

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. (Subrayas fuera del texto)

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."

En el caso de aquellos servidores que se hubieran vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad y que decidieran acogerse a las opciones previstas en la citada norma, el artículo 3.º del Decreto 1582 de 1998 indicó el siguiente procedimiento:

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

Con el propósito de desmontar del sistema de retroactividad de cesantías, el artículo 19 Decreto 1453 de 1998 estableció la obligatoriedad de afiliación al Fondo Nacional del Ahorro, para los empleados Nacionales allí señalados, independientemente de si su vinculación era anterior o posterior a la vigencia de tal norma.

En cuanto a los servidores del orden territorial que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, esto es, después del 31 de diciembre de 1996, les resulta aplicable el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad a tal fecha, siempre y cuando hubieren manifestado su voluntad de renunciar al sistema de retroactividad.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de unificación jurisprudencial de fecha 25 de agosto

13-001-33-33-004-2017-00212-01

de 2016, Radicación 08001-23-31-000-2011-00628-01 (0528-14) Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, señaló:

“En ese orden, se puede decir que los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, están cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad pero que se hubieran acogido al régimen anualizado, y para efecto de la liquidación y pago de esa prestación se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y normas concordantes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998”

De otra parte, la Ley 715 de 2001, en su artículo 61 suprimió el Fondo de Pasivo Prestacional para el Sector Salud trasladando la responsabilidad financiera de aquel al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y pasó a ser regulada por el **Decreto 306 de 2004**, que previó, entre otros, los requisitos para ser beneficiario del Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud y la forma de pago de dicho pasivo, así:

“Artículo 4°. Cesantías. El procedimiento para el reconocimiento y pago de las cesantías se desarrollará conforme a los siguientes parámetros:

El valor neto de la cesantía de una persona activa o retirada a 31 de diciembre de 1993 equivaldrá a las cesantías causadas y pendientes de pago a dicha fecha, descontando los valores cancelados por concepto de cesantías parciales, todo debidamente actualizado.

La Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se abstendrá de pagar con sus recursos la retroactividad de cesantías que corresponda al servidor público o el trabajador privado afiliado con anterioridad al 23 de diciembre de 1993 al Fondo Nacional del Ahorro o a otra Administradora de Fondo de Cesantías legalmente constituida, teniendo en cuenta que el régimen que administran dichas entidades no contempla a su cargo el pago de dicha retroactividad.

Cuando la negligencia imputable al empleador en el pago oportuno de los aportes para cesantías de sus trabajadores dé origen a la cancelación de intereses de mora, estos no podrán ser cancelados con la concurrencia a cargo de las entidades que colaboran en la financiación del pasivo prestacional del sector salud.

ARTÍCULO 8°. Beneficiarios. Se consideran beneficiarios del Pasivo Prestacional del Sector Salud aquellos servidores públicos y trabajadores privados que fueron certificados como tales por el Ministerio de Salud de conformidad a la normatividad entonces vigente, sin perjuicio de las modificaciones a que haya lugar con ocasión de la revisión que efectúe el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

13-001-33-33-004-2017-00212-01

Serán considerados como beneficiarios los trabajadores del sector salud que a diciembre de 1993 pertenecían a una de las siguientes entidades o dependencias y tenían acreencias prestacionales legales a las que se refiere el artículo 2° del presente decreto, vigentes con las mismas:

- a) Instituciones o dependencias de salud del subsector oficial del sector salud;*
- b) Entidades del subsector privado del sector salud, cuando hayan estado sostenidas o administradas por el Estado, o cuyos bienes se hayan destinado a una entidad pública en un evento de liquidación;*
- c) Entidades de naturaleza jurídica indefinida del sector salud cuando se trate de instituciones que hayan estado sostenidas y administradas por el Estado, o que se liquiden y cuyos bienes se destinen a una entidad pública”.*

Conforme a la normativa transcrita en precedencia es posible afirmar que los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector salud del nivel territorial, que hubieren iniciado sus labores antes de la entrada en vigor de las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993, por regla general, son beneficiarios en materia de cesantías del régimen de retroactividad a menos que se hubieren acogido al sistema anualizado.

A la referida conclusión también arribó la Sala homóloga de la Subsección “A”, en sentencia de 5 de abril de 2017, Radicación número: 41001-23-33-000-2013-00135-01 (4402-14) CP WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

“i) por regla general el auxilio de cesantía de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector salud del nivel territorial, vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993, se liquida con el régimen de retroactividad, es decir, con base en el último salario devengado al momento de la desvinculación de la entidad o de la liquidación parcial de cesantías, según sea el caso; o ii) con el sistema de liquidación y manejo de las cesantías desarrollado en la normativa que regula lo referente al Fondo Nacional del Ahorro”.

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos probados

- Mediante Resolución No. 074 de mayo 21 de 1986, fue nombrado el doctor ORLANDO BORRÉ ARRIETA, Gineco – Obstetra de la Clínica de

13-001-33-33-004-2017-00212-01

Maternidad “RAFAEL CALVO C.”, estableciendo que el nombrado quedó sometido al régimen jurídico de empleado público.¹³

- El día 5 de junio de 1986, el doctor ORLANDO BORRÉ ARRIETA, tomó posesión del cargo señalado anteriormente, en la Clínica de Maternidad “RAFAEL CALVO C.”¹⁴
- Resolución No. 724 de 22 de junio de 2015 “Por medio de la cual se reconoce y se ordena un pago de cesantías retroactivas”, ordenando el pago de la suma de \$26.324.090,87, a favor del doctor Orlando Borré Arrieta, por concepto de la diferencia causada por la retroactividad de cesantías indexada a fecha de liquidación, por el periodo trabajado del 5 de junio de 1986 al 2 de mayo de 2014.¹⁵
- Comprobante de egreso No. 237759 de 08 de julio de 2015¹⁶, emitido a nombre del doctor Orlando Borré Arrieta, por valor de \$26.324.091, por concepto de cesantías retroactivas reconocidas mediante Resolución No. 724 del 22 de junio de 2015.
- Solicitud de reconocimiento y pago de sanción por mora elevada por el demandante ORLANDO BORRÉ ARRIETA ante el Gobernador del Departamento de Bolívar y el Secretario de Salud Departamental, en fecha 11 de abril de 2017.¹⁷
- Oficio GOBOL – 17-011814 de fecha 19 de abril de 2017, contentivo de la respuesta emitida por la entidad demandada a la solicitud elevada por el señor Orlando Borré Arrieta en fecha 11 de abril de 2017, radicado EXT-BOL-17-013054.¹⁸
- Resolución No. 0433-15 de 07 de mayo de 2015, por medio de la cual le fue aceptada renuncia presentada por el doctor Orlando Borré Arrieta del cargo que ocupaba en la planta de personal de la ESE Clínica de Maternidad Rafael Calvo C, cuyos efectos se surtieron a partir del día 1 de agosto de 2015.¹⁹
- Certificado expedido por el Fondo Nacional del Ahorro expedido en fecha 26 de julio de 2018, mediante el cual hace constar que a la cuenta de ahorros del demandante, señor Orlando Borré Arrieta, de

¹³ Folio 10 Cuaderno 1

¹⁴ Folio 11 Cuaderno 1

¹⁵ Folios 12-14 Cuaderno 1

¹⁶ Folio 16 Cuaderno 1

¹⁷ Folios 17-18 Cuaderno 1

¹⁸ Folios 19-21 Cuaderno 1

¹⁹ Folio 53 Cuaderno 1

13-001-33-33-004-2017-00212-01

cero pesos y es afiliado a esa entidad desde hace 385 meses, los cuales equivalen a 32 años, es decir, desde 1986.²⁰

- Certificado expedido por el banco caja social de fecha 24 de septiembre de 2018, mediante el cual hace constar que en la cuenta de ahorros del demandante, señor Orlando Borré Arrieta, se recibió una transferencia por valor de \$26.324.091 proveniente de la fiduciaria popular s.a.²¹

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

En el sub-examine el acto enjuiciado es el Oficio GOBOL- 17-011814 de fecha 19 de abril de 2017, por medio de la cual se niega el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el pago tardío de cesantías definitivas.

En el caso bajo estudio se advierte que, el doctor ORLANDO BORRÉ ARRIETA, prestó sus servicios en calidad de empleado público del sector salud como Médico Gineco – Obstetra desde el 5 de junio de 1986 con vinculación en la Clínica de Maternidad “RAFAEL CALVO C.”, y mediante Resolución 074 del 22 de junio de 2015 le pagaron las diferencias causadas por la retroactividad de cesantías del periodo comprendido entre el 5 de junio de 1986 y el 02 de mayo de 2014, debido a que le habían consignado \$63.843.483 al Fondo Nacional del Ahorro, según certificado esta entidad está afiliado desde 1986, es decir, desde que inició su labor como empleado de la entidad demandada.

De acuerdo a lo anterior, no está en discusión el régimen de cesantías del actor, de conformidad con la jurisprudencia aquí citada en el marco normativo en el ítem 5.4.1. y de los hechos probados, al demandante se le aplica el régimen de cesantías de acuerdo con la fecha de vinculación que fue en el año 1986, su régimen de cesantías es el anualizado en virtud de lo dispuesto en el Decreto 3118 de 1998, por expresa disposición del art. 30 de la ley 10 de 1990, al ser un trabajador del sector salud no se le aplica la norma del resto de empleados del orden territorial. Así las cosas, el decreto en mención en su art. 26 establece que habrá que liquidarse una vez que termine el servicio y las cesantías deben entregarse conforme al art. 37 cuando haya retiro del servicio, pero al Fondo Nacional del Ahorro de los

²⁰ Folios 77 Cuaderno 1

²¹ Folios 92 Cuaderno 1

13-001-33-33-004-2017-00212-01

saldos que tuviera, en consecuencia, el fondo cobrará los intereses de mora dispuestos en el art. 33.

De lo antes probado se tiene que, el señor Orlando Borre Arrieta se vinculó el 05 de junio de 1986 a la Clínica Maternidad Rafael Calvo (fol. 53), afiliado al régimen de cesantías del Fondo Nacional del Ahorro tal como se desprende de la Resolución 724 del 22 de junio de 2015 en la tabla de liquidación donde le liquidan el total de días laborados menos las cesantías pagadas por el Fondo Nacional del Ahorro y el saldo que le canceló la entidad demandada es la diferencia entre lo que no se le había depositado al Fondo en mención, que ascendió a \$25.733.010,87, que al actualizarlo le hicieron un pago de \$26.324.091., teniendo en cuenta que su liquidación total eran \$89,576.493,87 de los cuales le enviaron al Fondo Nacional de Ahorro \$63,843.483. Como es sabido, las personas afiliadas al Fondo Nacional del Ahorro en virtud de los Decretos 3118 de 1968, y Ley 432 de 1998 y su decreto reglamentario Decreto 1582 de 1998, no tienen derecho a la sanción creada en la Ley 50 de 1990, ni la establecida en la Ley 244 de 1995, reformada esta por la Ley 1071 de 1996.

Al estar afiliado a dicho régimen, no tiene derecho a la aplicación de los preceptos contenidos en la Ley 244 de 1995, como lo pretende, esto es, el reconocimiento y pago de la sanción por mora con ocasión al pago tardío de las cesantías, toda vez que en esta última normativa se determinó que regiría a partir de su promulgación, a saber, el 29 de septiembre de 1995, fecha posterior a la vinculación del actor, por lo que la obligación de la administración para reconocer y pagar dicha prestación rige hacia las situaciones que se presentaran a futuro, por lo que no puede dársele aplicación a un régimen que no lo estableció.

Por lo antes expuesto, esta Sala confirmará la decisión adoptada por el A-quo, en el sentido de denegar las pretensiones de la demanda, por no tener derecho el demandante a la aplicación de la sanción moratoria con ocasión al pago tardío de sus cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, y mucho menos la Ley 1071 de 2006.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia será confirmada pero por los motivos expuestos en este proveído, por encontrarse conforme a las reglas previstas por la jurisprudencia.

13-001-33-33-004-2017-00212-01

Finalmente frente al valor probatorio de la Resolución 0433 del 07 de mayo de 2015, donde le acepta la renuncia a partir del 01 de agosto de 2015, la Sala no hará pronunciamiento alguno puesto que este fue un nuevo argumento que trajo la parte demandante al plenario al presentar el recurso de apelación y como bien lo dice en dicho escrito, la ESE Clínica de Maternidad Rafael Calvo C., no hace parte de este proceso y comparte el argumento de la juez de primera instancia cuando manifiesta que no probó la desvinculación del servicio con el Departamento; sin embargo, las cesantías definitivas solo se causan cuando se deja de prestar el servicio y si se comparan la fecha de la Resolución 724 del 22 de junio de 2015, si aceptara el valor probatorio de la Resolución 0433, el acto administrativo que reconoció y ordenó el pago de las cesantías retroactivas no debería haberse emitido sino hasta después del 01 de agosto de 2015, y al pagarse las diferencias por este concepto el 8 de julio según comprobante de egreso anexo, no habría pago tardío. Además, no entiende la Sala porqué al actor le fueron canceladas sus cesantías un ente diferente al que él se encontraba vinculado.

Aunado a las anteriores conclusiones, esta Sala considera oportuno señalar que, frente al reconocimiento y pago de cesantías retroactivas a favor del aquí demandante antes de su causación (1 de agosto de 2015), la Secretaría de Hacienda del Departamento de Bolívar, se apartó del ordenamiento jurídico cuando existe claridad en las normas aplicables al caso concreto; por lo que se ordenará compulsar copias de esta providencia y del proceso a la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación para que tengan conocimiento del caso y de ser procedente comiencen las investigaciones pertinentes.

5.6. De la condena en costas

De conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, la Sala condenará en costas a la parte demandante, toda vez que el recurso de apelación le fue decidido en forma desfavorable.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

13-001-33-33-004-2017-00212-01

VI.- FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante en esta instancia, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 - 366 del Código General del Proceso.

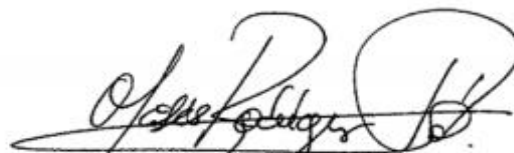
TERCERO: COMPULSAR copias de esta providencia y del proceso a la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación para que tengan conocimiento del caso y de ser procedente comiencen las investigaciones pertinentes, por las razones expuestas anteriormente.

CUARTO: Una vez en firme, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

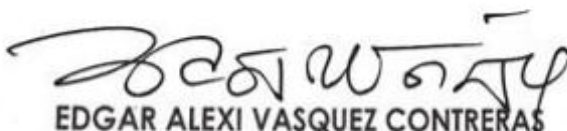
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 038 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN