



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	13-001-33-33-005-2017-00270-01
Demandante	LUCILA RODRÍGUEZ BERRÍO
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
Tema	Los empleados del sector salud de cualquier nivel vinculados después del primero de abril que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, no tienen derecho a retroactividad de cesantías y en el caso particular no se estudia el régimen anualizado por no ser objeto de debate.
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 28 de enero de 2019, proferida por el Juzgado Quinto 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, la señora LUCILA RODRÍGUEZ BERRÍO instauró demanda de nulidad y restablecimiento en

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

13-001-33-33-005-2017-00270-01

contra 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 ficto o presunto respecto a la petición elevada ante la entidad demandada el día 23 de mayo de 2017, con el objeto de obtener el reconocimiento y pago de la sanción por mora.
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 70 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

La demandante expone que fue nombrada como auxiliar de enfermería en la Clínica Maternidad Rafael Calvo C, tomando posesión del cargo mediante acta sin número de fecha 9 de junio de 1994, ostentando la calidad de empleada pública del sector salud del orden departamental.

Que, presentó reclamación administrativa el día 14 del mes de febrero de 2013 con el fin de que se ordenara el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas en la modalidad retroactivas.

Que mediante Resolución No. 312 de 14 de abril de 2015, le fueron reconocidas las cesantías definitivas en la modalidad retroactivas, las cuales fueron pagadas de forma indexada el día 17 del mes de abril del mismo año,

³ Folio 4

⁴ Folios 3-4

13-001-33-33-005-2017-00270-01

de acuerdo al comprobante de egreso No. 232407, lapso que supera el término de los 70 días que fijó la norma para tal fin.

Por lo anterior, el día 23 de mayo de 2017, la 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.

Que, hasta la fecha de la solicitud de conciliación Administrativa prejudicial, la entidad demandada no había dado respuesta a lo solicitado en la reclamación administrativa de fecha 23 de mayo de 2017.

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 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

⁵ Folios 5-6

13-001-33-33-005-2017-00270-01

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 03 de mayo de 2018, manifestando su oposición a las pretensiones de la demanda, por carecer de motivaciones jurídicas o fácticas para invocarlas y lograr una sentencia favorable.

Aceptó los hechos 1, 2, 6, 8 y 9; aceptando parcialmente el hecho 5 y manifiesta no constarle el hecho 4 explicando que no existe prueba de la fecha de presentación de la reclamación administrativa tendiente a obtener el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas en la modalidad retroactivas, lo que no permite inferir que dicha prestación se haya cancelado por fuera de los términos establecidos en la ley.

Como excepciones de fondo la parte demandada propuso la de (i) Falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto el personal vinculado a la ESE, es designado directamente por ésta, por tanto no le asiste responsabilidad alguna al Departamento de Bolívar respecto de las prestaciones de los empleados de la ESE Clínica Maternidad Rafael Calvo,

⁶ Folios 50-56 Cuaderno 1

13-001-33-33-005-2017-00270-01

entidad a la cual se encontraba vinculada la demandante. (ii) Indebida integración del contradictorio, e (iii) Inexistencia de obligación legal.

3.3. SENTENCIA IMPUGNADA⁷

Por medio de providencia del 28 de enero de 2019, la Juez Quinto Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió denegar las pretensiones de la demanda, así:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por la demandante, señora **LUCILA RODRÍGUEZ BERRIO**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, según lo previsto en los artículos 365 y 366 del CGP, las que se liquidarán una vez en firme la sentencia, por secretaría. Las agencias en derecho se reconocen en la suma de \$ 3560.000, según se explica en la parte motiva de esta sentencia. (...)”

La A quo consideró que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria conforme lo estipulan los artículos 2 y 4 de las Leyes 244 de 1995 y 1017 de 2006, toda vez que el reconocimiento y pago de las cesantías fue las diferencias causadas por la retroactividad de las cesantías, que es un evento no contemplado en esas disposiciones que tienen un carácter sancionatorio y por tanto no pueden aplicarse por analogía o en forma extensiva.

Agregó que, teniendo en cuenta la fecha de ingreso de la demandante y conforme al artículo 242 de la Ley 100 de 1993 no se podía pactar la retroactividad de las cesantías para empleados del sector salud con fecha de ingreso posterior al año 1993, y la demandante ingresó al sector en junio de 1994.

Por último, anotó que la relación laboral de la demandante terminó en septiembre de 2004, prescribiendo todo derecho a reclamar las diferencias de sus cesantías, ello conforme a lo establecido en el artículo 151 del CST, al haber transcurrido más de tres (3) años de hacerse exigible el derecho, atendiendo a su reclamación de fecha 14 de febrero de 2013 que no tuvo la virtualidad de interrumpir dicha prescripción.

⁷ Folios 89-94 Cuaderno 1

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁸

Por medio de escrito del 28 de febrero de 2019, la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la providencia del 28 de enero de 2019, manifestando su desacuerdo con las consideraciones expuestas por la A quo al sostener que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la sanción por mora de la Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006, toda vez que el reconocimiento y pago de las cesantías fue de las diferencias causadas por la retroactividad de dichas cesantías, y al no tener carácter sancionatorio no pueden aplicarse por analogía al presente asunto.

Frente a ello, explicó sobre la existencia de tres (3) sistemas diferentes de liquidación de auxilio de cesantías, que se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses, regido por la Ley 6 de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan, la cual es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre del año 1996.

Sostiene que, a la señora Lucila Rodríguez, le es aplicable el régimen de cesantías retroactivas, toda vez que ingresó a laborar al Departamento de Bolívar desde el nueve (9) de junio de 1994, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, que reguló el régimen de cesantías anualizado para los empleados públicos. Agregando que, el Decreto 1252 de 30 de junio de 2000 en su artículo 2, conservó el régimen de cesantías retroactivas para los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000 lo disfrutaban, hasta la terminación de la vinculación laboral.

Resalta que, dentro del presente asunto no existe solicitud inicial de las cesantías parciales por parte de la actora al Departamento de Bolívar, tampoco se aprecia documento donde consta que dicho ente haya girado al FNA suma de dinero alguna, que por retroactividad corresponda en la liquidación de dicho anticipo a la demandante, no existiendo certeza que el pago de las diferencias causadas por cesantías retroactivas se haya realizado como lo estipula la ley. Reitera que la liquidación total de las cesantías definitivas en la modalidad de retroactivas, sólo procede al final de la relación laboral, como en el presente caso.

⁸ Folios 100-101 Cuaderno 1

13-001-33-33-005-2017-00270-01

En lo atinente a la sanción por mora pretendida, arguye que no es accesorio a la prestación social (cesantías), pues, si bien se causan en torno a ella, no depende de su reconocimiento o de su reliquidación, pues su origen es excepcional y tiene lugar por disposición de la ley a título de poder correctivo pecuniario, por la inobservancia de la fecha en que debe efectuarse el pago del valor correspondiente por el auxilio de cesantías al momento de la desvinculación laboral.

Por último, trae a colación la aseveración hecha por el Departamento de Bolívar en la Resolución No. 312 de 14 de abril de 2015, sobre la no procedencia del fenómeno de la prescripción de la reclamación de la obligación perseguida (cesantías), por considerar que dicho derecho no había sido reconocido ni cancelado, dando fe sobre la existencia de la obligación.

Concluye, solicitando sea revocada la sentencia recurrida.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

Por medio de acta individual de reparto, adiada a 29 de julio de 2019⁹, se repartió el presente asunto a este Tribunal, posteriormente, a través de auto de fecha 9 de octubre de 2019¹⁰, se dispuso la admisión de la impugnación; y, con providencia de fecha 22 de noviembre 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.

⁹ Folio 2 Cuaderno apelaciones

¹⁰ Folio 4 Cuaderno apelaciones

¹¹ Folio 8 Cuaderno apelaciones

¹² Folios 11-14 Cuaderno apelaciones

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.

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:

¿Si la señora Lucila Rodríguez Berrío, por ser empleada pública del sector salud, vinculada después de la Ley 100 de 1993 tiene derecho 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?

Igualmente, la Sala deberá analizar si dentro del presente caso se encuentra configurado el fenómeno de la prescripción, respecto de la sanción moratoria pretendida, tal como lo afirmó el juez de primera instancia.

5.3 Tesis de la Sala

Esta Sala de decisión, concuerda con la decisión adoptada en primera instancia, toda vez que, del material probatorio aportado al plenario, se encuentra demostrado que a la señora Lucila Rodríguez Berrío no le asiste derecho para reclamar la aplicación de la sanción moratoria con ocasión al

13-001-33-33-005-2017-00270-01

pago tardío de las cesantías en la modalidad de retroactivas, porque a pesar de vincularse al sector salud en una entidad territorial antes de la expedición de la Ley 344 de 1996, su régimen es anualizado por mandato expreso del artículo 242 de la Ley 100 de 1993.

La Sala concuerda con lo afirmado por el juez de primera instancia sobre la prescripción por que la demandante dejó de laborar en el año 2004 y solo reclamó la sanción moratoria en el año 2017, cuando había pasado más tres años para hacerlo.

Con el objeto de dar solución a los problemas jurídicos propuestos, es necesario que la Sala analice, lo siguiente: (i) De la sanción moratoria por pago tardío de cesantías definitivas, y (ii) el caso concreto.

5.4. Marco Normativo y Jurisprudencial

5.4.1. Cesantías de los servidores públicos del sector salud

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



13-001-33-33-005-2017-00270-01

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 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:.

“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.

13-001-33-33-005-2017-00270-01

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 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.

13-001-33-33-005-2017-00270-01

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 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.



13-001-33-33-005-2017-00270-01

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.

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

13-001-33-33-005-2017-00270-01

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 Acta de posesión de fecha 09 de junio de 1994, la señora Lucila Rodríguez Berrío, tomó posesión en propiedad del cargo de auxiliar de enfermería en la “Clínica maternidad Rafael Calvo C”, en la cual consta que fue nombrada por Decreto No. 453 de 01 de junio de 1994 emanada del Departamento de Bolívar.¹³
- Mediante Resolución No. 312 de 14 de abril de 2015, la Secretaría de Hacienda del Departamento de Bolívar ordena reconocer y pagar a favor de la señora Lucila Rodríguez, la suma de \$14.809.792,00, por concepto de la diferencia causada por la retroactividad de cesantías indexada a fecha de liquidación.¹⁴
- Con comunicación GOBOL-17-014524 de fecha 09 de mayo de 2017, la Dirección de Tesorería de la Gobernación de Bolívar, da respuesta al Derecho de Petición elevado por la señora Lucila Rodríguez, adjuntando comprobante de egreso No. 232407 del 17 de abril de 2015 por valor de \$14.809.792, pagados por concepto de cesantía retroactiva reconocidas mediante Resolución No. 312 de 14 de abril de 2015.¹⁵
- Solicitud de reconocimiento y pago de sanción por mora elevada por la demandante LUCILA RODRÍGUEZ BERRÍO ante el Gobernador del Departamento de Bolívar y el Secretario de Salud Departamental, en fecha 23 de mayo de 2017.¹⁶

¹³ Folio 10 Cuaderno 1

¹⁴ Folios 11 – 14 Cuaderno 1

¹⁵ Folio 15 – 16 Cuaderno 1

¹⁶ Folios 17-18 Cuaderno 1

13-001-33-33-005-2017-00270-01

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

En el sub-examine el acto enjuiciado es el Acto ficto por medio del cual se le niega el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el pago tardío de cesantías definitivas.

La juez de primera instancia consideró que no se generó a favor de la actora el derecho a reclamar sanción moratoria, por lo siguiente:

1. Para el caso de la demandante no se podía pactar la retroactividad de las cesantías para empleados del sector salud, pues su ingreso se dio en junio de 1994, lo cual no es acorde con lo consagrado en el artículo 242 de la ley 100 de 1993.
2. El reconocimiento y pago de las cesantías fue de las diferencias causadas por la retroactividad de las cesantías, que es un evento no contemplado en los artículos 2 y 5 de las Leyes 244 de 1995 y 1017 de 2006, por lo tanto no pueden aplicarse por analogía o en forma extensiva.
3. Anotó que, si la relación de la demandante terminó en septiembre de 2004, prescribió todo derecho a reclamar esas diferencias de sus cesantías, conforme a lo establecido en el artículo 151 del CST, que se puede aplicar por analogía, atendiendo a su reclamación del 14 de febrero de 2013, que no tuvo la virtualidad de interrumpir la prescripción.

Por su parte, la recurrente expone como puntos objeto de apelación, tales como:

1. Sostiene que, a la señora Lucila Rodríguez, le es aplicable el régimen de cesantías retroactivas, toda vez que ingresó a laborar al Departamento de Bolívar desde el nueve (9) de junio de 1994, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, que reguló el régimen de cesantías anualizado para los empleados públicos; cuya liquidación total sólo procede al final de la relación laboral, como en el presente caso, y dentro del presente asunto no

13-001-33-33-005-2017-00270-01

existe certeza que el pago de las mismas se realizaron como lo estipula la ley.

2. Explica que, la sanción por mora pretendida, no es accesoria a la prestación social (cesantías), pues su origen es excepcional y tiene lugar por disposición de la ley a título de poder correctivo pecuniario, por la inobservancia de la fecha en que debe efectuarse el pago del valor correspondiente por el auxilio de cesantías al momento de la desvinculación laboral.
3. En lo atinente al fenómeno de prescripción, trae a colación la aseveración hecha por el Departamento de Bolívar en la Resolución No. 312 de 14 de abril de 2015, sobre la no procedencia del fenómeno de la prescripción de la reclamación de la obligación perseguida (cesantías), por considerar que dicho derecho no había sido reconocido ni cancelado, dando fe sobre la existencia de la obligación.

Teniendo en cuenta el marco normativo precedente, para el presente caso es necesario clarificar que el **Régimen de Cesantías Retroactivas**, es la forma tradicional de liquidación de Cesantías que cobija a:

1. Los trabajadores del sector público vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.
2. Los empleados públicos del sector salud vinculados antes del año 1993, y
3. A los trabajadores del sector privado vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990.

Conforme a las pruebas aportadas, se advierte que **la señora LUCILA RODRÍGUEZ BERRÍO, prestó sus servicios en calidad de empleada pública del sector salud** como Auxiliar de enfermería desde el 09 de junio de 1994 con vinculación en la Clínica de Maternidad "RAFAEL CALVO C.", hasta el día 14 de septiembre de 2004, de acuerdo a lo plasmado por la entidad demandada en Resolución No. 312 de 14 de abril de 2015, mediante la cual reconoce y ordena el pago de cesantías retroactivas.

13-001-33-33-005-2017-00270-01

En el curso del proceso no se aportó prueba alguna sobre la existencia de solicitud elevada por la actora ante la Secretaría de Salud Departamental sobre el reconocimiento y pago de sus cesantías retroactivas. Si bien en Resolución 312 de 14 de abril de 2015 se afirma que en la hoja de vida de la señora Lucila Rodríguez reposa reclamación inicial de dicho derecho, mediante documento radicado el día 14 de febrero de 2013, y su desvinculación se dio el 14 de septiembre de 2004¹⁷; la parte recurrente en su escrito sostiene que no existe solicitud inicial de reconocimiento y pago de las cesantías parciales¹⁸.

Observa la Sala que, mediante Resolución No. 312 del 14 de abril de 2015, fundamentada en las Leyes 6 de 1945 y 65 de 1946 y aquellas que posteriormente le modificaron, reconoció y ordenó el pago de cesantías retroactivas a favor de la demandante por valor de \$14.809.792,00, pagados el día 17 de abril de 2015¹⁹. En dicho acto administrativo se estableció que la señora Lucila Rodríguez prestó sus servicios en la Clínica Maternidad Rafael Calvo, habiendo permanecido en el régimen de cesantías retroactivas hasta su desvinculación.

Posteriormente, en fecha 23 de mayo de 2017, la actora solicitó al ente demandado el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el no pago oportuno de sus cesantías retroactivas.

Pues bien, como se señaló inicialmente, todos los empleados públicos, tanto del orden nacional y territorial cuentan con un régimen de cesantías diferenciado, para el territorio depende de la fecha en la cual se hayan vinculado a la Administración, de modo que existen los empleados vinculados antes del 30 de diciembre de 1996 y pertenecen al régimen de liquidación de cesantías por retroactividad²⁰ y los vinculados a partir del 31

¹⁷ Ver folio 12 Cuaderno 1

¹⁸ Ver folio 100 Cuaderno 1

¹⁹ Ver folio 16 Cuaderno 1

²⁰ El régimen de liquidación de cesantías por retroactividad se caracteriza por su reconocimiento con base en el último salario realmente devengado, o el promedio de lo percibido en el último año de servicios, en caso de que durante los últimos tres meses de labores el salario devengado hubiera sufrido modificaciones, o con base en todo el tiempo si la vinculación hubiera sido inferior a un año, en forma retroactiva, sin lugar a intereses, con fundamento en lo establecido en los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945, 1º del Decreto 2767 de 1945, 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, 2º y 6º del Decreto 1160 de 1947 y 2º

13-001-33-33-005-2017-00270-01

de diciembre de 1996, que pertenecen al régimen de liquidación de cesantías por anualidad.

Ahora, tratándose de una entidad del Sistema Nacional de Salud del nivel territorial, es necesario considerar que con anterioridad a la vigencia de la Ley 10 de 1990 y en virtud a que la salud como servicio público estaba a cargo de la Nación, el Sistema Nacional de Salud se estructuró y organizó con un régimen jurídico propio, aplicándoseles a los empleados públicos del subsector oficial el régimen salarial y prestacional establecido para la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, derivando de ello una connotación especial para dichos empleados, consistente en que aquellos vinculados a los Servicios Seccionales de Salud, a pesar de pertenecer al orden territorial, las normas aplicables en materia salarial y prestacional eran las del orden nacional.

Es por ello que, a los empleados públicos del sector salud, vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 10 de 1990, en materia salarial y prestacional, estaban regidos por las normas aplicables a los empleados de la Rama Ejecutiva Nacional; es decir, deberían encontrarse en el régimen anualizado de liquidación de cesantías. No obstante a lo anterior, la entidad a la cual se encontraba vinculada la actora podía pactar el régimen retroactivo, hasta la expedición de la Ley 100 de 1993, la cual lo prohíbe expresamente.

En otras palabras, los empleados vinculados antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, podían estar en el régimen retroactivo de liquidación de cesantías, siempre que la entidad lo hubiere pactado y que los empleados no hayan hecho el cambio de régimen; siendo necesario que se hubieren establecido de manera clara las obligaciones de cada una de las partes y las condiciones de los empleados objeto de transferencias, dejando claro en cabeza de que empleador recae la responsabilidad de cesantías retroactivas, pagaderas al final de la relación laboral, en virtud de las normas que rigen este régimen.

del Decreto 1252 de 2002, lo cual es aplicable a aquellos trabajadores del orden territorial vinculados antes del 30 de diciembre de 1996 .

13-001-33-33-005-2017-00270-01

No obstante, tales beneficios no le eran atribuibles a la señora Lucila Rodríguez, pues su vinculación como empleada pública del sector salud se dio el día 09 de junio de 1994, es decir, posterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la cual para este caso fue el 1 de abril de 1994. La Sala le aclara al apelante que las personas vinculadas al sector salud después de la expedición de la Ley 100 de 1993, según su artículo 242, el régimen de cesantías es anualizado y no retroactivo, independientemente si es empleado del sector de salud central o descentralizado. Así las cosas, no es de recibo lo dispuesto en la Ley 344 de 1996 para los empleados de este sector. Esta ley se aplica, como se dijo en párrafos anteriores a empleados públicos territoriales distintos a los del sector salud.

Como quiera que la jurisdicción administrativa es rogada, significa esto que, debe elaborarse un concepto de violación cuando lo demandado es un acto administrativo que goza de presunción de legalidad, por lo que la Sala no hará pronunciamiento sobre sanción moratoria del régimen anualizado, puesto que esto no es el objeto del proceso, ni hará juicio alguno sobre la Resolución No. 312 del 14 de abril de 2015, debido a que este no es el acto demandado.

Finalmente, si se estudiara el régimen de cesantías anualizado, debería declararse la prescripción como lo estableció la juez de primera instancia, porque según lo plasmado en la Resolución No. 312 de 14 de abril de 2015 el vínculo laboral finalizó en el año 2004 y la reclamación se presentó en el año 2017, fuera de los tres (3) años previstos en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969 art. 102 ó 151 del CPT y SS que establecen el mismo término, este último aplicable a la sanción moratoria de acuerdo a la posición vigente de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Por lo antes expuesto, esta Sala confirmará la decisión adoptada por el *A quo*, en el sentido de denegar las pretensiones de la demanda, toda vez que a la señora Lucila Rodríguez Berrío no le asiste derecho para reclamar la aplicación de la sanción moratoria con ocasión al pago tardío de las cesantías en la modalidad de retroactivas, establecida en la Ley 244 de 1995, y mucho menos la Ley 1071 de 2006, tal y como lo pretende.

13-001-33-33-005-2017-00270-01

Aunado a las anteriores conclusiones, esta Sala considera oportuno señalar que, frente al reconocimiento y pago de cesantías retroactivas por parte de la Secretaría de Hacienda del Departamento de Bolívar, a favor de la aquí demandante, sin que le asistiera tal derecho, lo hizo apartándose 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.

5.4. 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,

VI.- FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 28 de enero de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda, de conformidad con 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.

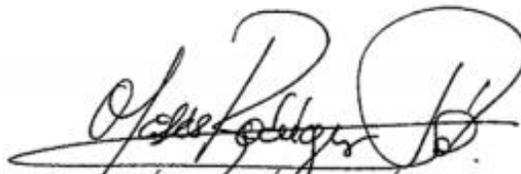
13-001-33-33-005-2017-00270-01

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

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-005-2017-00270-01
Demandante	LUCILA RODRÍGUEZ BERRÍO
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ