

13001-33-33-001-2017-00137-01

Cartagena de Indias D.T. y C., cuatro (04) de diciembre de dos mil veinte (2020).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
Radicado	13001-33-33-001-2017-00137-01
Demandante	BELLARMINA HURTADO OSORIO mibo012@hotmail.com
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOLIVAR ppmg821@hotmail.com notificacines@bolivar.gov.co
Tema	SANCIÓN MORATORIA
Magistrado ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

REITERACIÓN LÍNEA JURISPRUDENCIAL RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DOCENTE

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha once (11) de marzo de 2019¹, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. DEMANDA²

1.1. Hechos de la demanda planteados por la accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

- La señora Bellarmina Hurtado Osorio, prestó sus servicios en la Clínica Maternidad Rafael Calvo C, desde el 12 de febrero de 1992 hasta el 14 de septiembre de 2004, en calidad de empleada del sector salud del orden Departamental.

¹ Folios 115-122 cdr.1

² Folios 1-10 cdr.1

13001-33-33-001-2017-00137-01

- El día 11 de febrero de 2013 elevó petición ante la entidad demandada, solicitando el reconocimiento y pago de las Cesantías Retroactivas, lo cual se realizó mediante la Resolución No. 302 del 14 de abril de 2015, siendo efectivamente canceladas de manera indexada el 16 de abril de 2015.
- Elevó solicitud ante la Gobernación de Bolívar teniendo al reconocimiento de la sanción moratoria, el día 17 de abril del año 2017, la cual fue resuelta negativamente por medio del Oficio GOBOL-17-011-809 de fecha 19 de abril de 2019.

1.2. Pretensiones de la demanda.

La demanda se dirige concretamente a que se declare la Nulidad del Acto Administrativo contenido en el Oficio GOBOL-17-011809 de fecha 19 de abril de 2017 a través del cual se resolvió de manera desfavorable la solicitud elevada ante la Gobernación de Bolívar, tendiente a obtener el reconocimiento y pago de la sanción por mora.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicita:

- (i) Se condene a la Gobernación de Bolívar al pago de la sanción por mora, de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 del año 2006 por el no pago oportuno de las cesantías definitivas en la modalidad de retroactivas en el tiempo en que debió hacerlo.
- (ii) Tener en cuenta lo manifestado por el H. Consejo de Estado en lo que respecta a la forma de contabilizar el término para el cobro de la sanción por mora.
- (iii) Se condene a la parte demandada al pago de las costas y agencias en derecho que la demanda pueda generar.

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: Artículo 1 y 2 de la Constitución Política Colombiana; Ley 4 de 1992, Ley 6 de 1945; Ley 65 de 1956; Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006.

Concluye que la entidad demandada con su conducta ha desconocido los derechos fundamentales que consagra la Constitución Nacional, y los términos perentorios fijados en los lineamientos normativos para el pago de

13001-33-33-001-2017-00137-01

las cesantías definitivas al momento de que el empleado quede desvinculado de la entidad.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.³

La Gobernación de Bolívar, dio contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones, toda vez afirma que carecen de sustento fáctico y jurídico necesario para su prosperidad.

Sostuvo que una vez emitidos los Actos Administrativos, se considera que los mismos están ajustados a derecho, esto es, a las normas jurídicas que le son de obligatoria observancia y cumplimiento.

Presentó como excepciones, las siguientes:

1. PAGO DE LO NO DEBIDO
2. EXPRESA PROHIBICIÓN LEGAL
3. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN LEGAL
4. PRESCRIPCIÓN
5. LA GENÉRICA

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1. Sentencia De Primera Instancia.

Mediante sentencia de fecha once (11) de marzo de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Manifestó el A-quo que, en virtud de lo establecido en los lineamientos jurisprudenciales de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en Sentencia de Unificación CE-SUJ2-004-16 de fecha 25 de agosto de 2016, la indemnización por la mora en el pago de las cesantías se encuentra sometida al fenómeno prescriptivo trienal, siéndole aplicable lo previsto en el artículo 151 del Código de Procedimiento laboral. Así las cosas, manifestó que en el presente caso, considerando que el retiro de la actora se produjo el día 14 de septiembre de 2004, la reclamación encaminada a obtener el pago de sus cesantías definitivas debió ser formulada a más tardar el día 14 de septiembre de 2007, advirtiéndose la extemporaneidad de la petición formulada el día 11 de febrero de 2013, por

³ Folios 55-59 cdr 1

13001-33-33-001-2017-00137-01

lo que en consecuencia, se produjo la prescripción del derecho, razón por la cual en la parte resolutive se dispuso lo siguiente:

"PRIMERO.- Declarar probada la excepción de prescripción de la sanción moratoria contenida en la prevista en las Leyes 244 de 1996 y 1071 de 2006, formulada por la demandada.

SEGUNDO.- Condenar en costas a la parte demandante. Para los anteriores efectos deberán tenerse en cuenta las agencias en derecho las cuales se fijan en la suma de \$198.556.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previa cancelación de su radicado."

3.2. Recurso de Apelación.⁴

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, pues considera que la reclamación fue presentada por la accionante de manera oportuna.

La accionante manifiesta que, presentó la reclamación de sus cesantías retroactivas ante el Departamento de Bolívar el día 11 de febrero de 2015, tal y como indica la Resolución No. 302 del 14 de abril de 2015 que reconoció y ordenó el pago de las cesantías retroactivas en Sede Administrativa, donde además se dejó constancia de que no procede el fenómeno de la prescripción de la obligación perseguida, por considerar que dicho derecho no había sido reconocido ni cancelado hasta la fecha, dando fe sobre la existencia de la obligación, razón por la cual los factores pretendidos deben ser reconocidos.

3.3. Trámite procesal segunda instancia.

Con auto de fecha diez (10) de octubre de dos mil diecinueve (2019)⁵, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante. Mediante auto del veinticuatro (24) de enero de dos mil veinte (2020)⁶, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.4. Alegaciones.

⁴ Folio 125-126 cdr.1

⁵ Folio 5 cdr.2

⁶ Folio 9 cdr.2

13001-33-33-001-2017-00137-01

La parte demandante presentó alegatos de conclusión⁷

La Gobernación de Bolívar presentó alegatos de conclusión⁸

3.5. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual *“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”*.

2. ASUNTO DE FONDO

2.1. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

⁷ Folios 12-13 cdr 2

⁸ Folios 16 cdr 2

13001-33-33-001-2017-00137-01

¿Le asiste a la parte demandante, señora Bellarmina Hurtado Osorio el derecho a que se le reconozca y pague la sanción prevista en Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006 por la mora en el pago de sus cesantías?

2.2. Tesis de la Sala.

La Sala revocará la sentencia de primera instancia que declaró probada la excepción de prescripción y en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda; toda vez que la parte actora tiene como régimen aplicable el de Cesantías retroactivas, el cual no contempla el reconocimiento y pago de sanción moratoria, puesto que, tal penalización solo fue consagrada para el régimen de cesantías anualizado, al que la actora no pertenece.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

Sanción moratoria por pago tardío de cesantías definitivas.

La sanción moratoria se encuentra contemplada en la Ley 244 de 1995, en la cual en su artículo 1, establece que dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud de pago de cesantías parciales o definitivas presentada por el peticionario, la entidad empleadora deberá expedir la resolución mediante la cual se ordene el reconocimiento y pago de las cesantías, siempre y cuando se cumpla con todos los requisitos de ley.

Igualmente, preceptuó en su artículo 2 que la entidad tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir de la fecha en que adquiera firmeza el acto de reconocimiento, so pena de que la entidad obligada deba pagar al titular un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo.

En el párrafo del citado articulado, se señaló que, en caso de mora en el pago de esas cesantías definitivas, la entidad incumplida debe reconocer y cancelar al beneficiario un día de salario por cada día de retardo hasta que su pago se haga efectivo, para lo cual sólo basta la acreditación de la no cancelación dentro del término legal previsto.

Cabe señalar que la normatividad anterior fue modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006.⁹

⁹ Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.

13001-33-33-001-2017-00137-01

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado¹⁰ ha definido la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, como aquella que tiene el propósito de resarcir los daños causados al trabajador como consecuencia del no pago de la liquidación del auxilio de cesantías por parte de la entidad empleadora en los términos de la normativa antes señalada, con el fin de proteger el derecho de los servidores públicos cuando se retiran del servicio de recibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías.

Expone dicha Corporación que la sanción moratoria se contabilizará a partir del momento en que el acto administrativo, mediante el cual se ordena el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, quede en firme, siempre y cuando no se interpongan recursos contra el mismo, cuando se renuncie expresamente a ellos, o cuando se hayan interpuesto, pero los mismos se hayan decidido.

De igual forma, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa¹¹ establece que, de conformidad con la regla jurisprudencial fijada por la Sección Segunda de dicha Corporación, la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la solicitud de pago de las cesantías parciales o definitivas, en el evento en que la administración no resuelva la solicitud en cuestión o la resuelva tardíamente.

Ahora bien, se tiene que actualmente existen tres regímenes distintos de liquidación de cesantías para el sector público, esto es:

- El sistema retroactivo, que es aquel donde las cesantías se liquidan teniendo en cuenta el último salario devengado, sin lugar a intereses. Se rige por la Ley 6 de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamenta, y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.
- El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, que incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador y cobija a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del decreto 1582 de 1998.
- El sistema del Fondo Nacional de Ahorro, desarrollado en el artículo 5°

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de fecha 07 de marzo de 2011. Radicado No. 47001233100020050081801 (1017-10). C.P. Ernesto García Fernández

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de fecha 18 de julio de 2018. Radicado No. 73001233300020140058001 (4961-15). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

13001-33-33-001-2017-00137-01

y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998, el cual 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.¹²

Sin embargo, en lo concerniente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, en aplicación de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, se tiene que ésta sólo fue consagrada para el régimen de liquidación anualizado y no para el régimen de cesantía retroactiva, según lo consagró el Consejo de Estado.

Al respecto, estableció esa Corporación¹³, que los trabajadores vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, y que no se hayan acogido de manera expresa y voluntaria al régimen de liquidación anual de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990, no tienen derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, toda vez que dicha penalización fue contemplada para el régimen de liquidación anual, de conformidad con la Ley 244 de 1995.

En ese orden, estudiado el anterior marco normativo y jurisprudencial, se pasa a analizar el caso concreto y los hechos probados en el caso de marras.

4. CASO EN CONCRETO.

4.1. Hechos probados.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución de los problemas jurídicos:

- Por medio del Acta de Posesión No. 066 de fecha 12 de febrero de 1992 la señora Bellarina Hurtado Osorio tomó posesión en la Maternidad Rafael Calvo como auxiliar de enfermería.¹⁴

¹² Ver sentencias: Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00638-01 (2873-15) Actor CLARA LUZ RAMBAO CERA y Radicación número: 27001-23-33-000-2014-00162-01 (4469- 15) Actor: MARLENE GIL MENA. Consejo de Estado. Sección Segunda.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 08001-23-33-000- 2012-00037-02 (1458-15)

¹⁴ Folio 11 cdr 1

13001-33-33-001-2017-00137-01

- Por medio de la Resolución No. 057 del 20 de febrero de 1997, la E.S.E Clínica de Maternidad Rafael Calvo C., se nombra en periodo de prueba a la accionante en el cargo de Auxiliar de Enfermería Código 5200.¹⁵
- Por medio de la Resolución No. 323 del 30 de octubre de 1997, la E.S.E Clínica de Maternidad Rafael Calvo C. nombra en propiedad a la accionante en el cargo de Auxiliar de Enfermería Código 5200.¹⁶
- Comunicado de fecha 14 de septiembre de 2004 dirigido a la señora Bellarmina Hurtado Osorio donde se pone de presente que el Cargo de Auxiliar que venía ejerciendo fue suprimido, haciéndose efectivo a partir del 14 de septiembre de 2004, fecha en la cual quedó retirada del servicio.¹⁷
- Reclamación Administrativa ante la Gobernación de Bolívar del día 11 de febrero de 2013, tendiente al reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas.¹⁸
- Resolución No. 302 del día 14 de abril de 2015 por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de las cesantías retroactivas a la demandante.¹⁹
- Que el pago de las cesantías fue efectuado el día 16 de abril de 2015, según lo afirmado en el hecho número 10 de la demanda y, de acuerdo a las pruebas documentales allegadas al Despacho por parte del Secretario de Hacienda de la Gobernación de Bolívar, donde relaciona lo siguiente: Comprobante de pago donde consta el pago de las cesantías retroactivas en la cuenta de la señora Bellarmina Hurtado Osorio y Registro Presupuestal No. 2628 donde se evidencia el pago de acreencias laborales relacionadas en el programa de saneamiento fiscal, Resolución No. 302 del 14-04-2015.²⁰
- Petición presentada el día 17 de abril de 2017, donde la accionante solicita el pago de la sanción por mora prevista en la Ley 244 de 1995.²¹

¹⁵ Folio 12 cdr 1

¹⁶ Folio 13 cdr 1

¹⁷ Folio 15 cdr 1

¹⁸ Folio 17 cdr 1

¹⁹ Folios 16-19 cdr 1

²⁰ Folios 3, 82,83,84,85 cdr 1

²¹ Folios 22-23 cdr 1

13001-33-33-001-2017-00137-01

- Oficio GOBOL-17-01-011809 mediante el cual se niega la solicitud realizada por la señora Bellarmina Hurtado Osorio por haber sido presentada de manera extemporánea, ya que la oportunidad para la presentación de la misma se encuentra agotada.²²

4.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Las pretensiones de la demanda van principalmente a que se condene a la entidad demandada al pago de la sanción por mora, de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 del año 2006 por el no pago oportuno de las cesantías definitivas en la **modalidad de retroactivas** en el tiempo que debió hacerlo.

Ahora bien, la accionante tiene como régimen aplicable el de Cesantías retroactivas, toda vez que ingresó a laborar con el Departamento de Bolívar desde el **12 de febrero de 1992**, 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.

En consecuencia, considera este Despacho oportuno analizar y distinguir entre los siguientes regímenes, siendo el último el aplicable para el caso en concreto:

- (i) Pago de cesantías en liquidación anual, que se caracteriza por el reconocimiento y pago de intereses sobre el valor anual.
- (ii) Régimen de cesantías con liquidación retroactiva, que se realiza al final de la relación laboral con el último sueldo devengado y no contempla el pago sobre los intereses a las cesantías.**

De acuerdo a lo anterior, y de cara al marco normativo y jurisprudencial arriba analizado, el Consejo de Estado²³ estableció que, en el caso de los trabajadores acogidos al sistema de cesantías retroactivas, no resulta procedente el pago de la sanción moratoria, comoquiera que dicho pago sólo es posible en el sistema de liquidación anual.

Por tanto, dentro del régimen de cesantías retroactivas no es posible el reconocimiento y pago de sanción moratoria, puesto que, tal penalización

²² Folios 24-26 cdr 1

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 08001-23-33-000- 2012-00037-02(1458-15)

13001-33-33-001-2017-00137-01

solo fue consagrada para el régimen de cesantías anualizado, al que la actora no pertenece.

En ese orden de ideas, este Despacho revocará el fallo apelado donde se niegan las pretensiones de la demanda en razón a la prescripción. De igual forma no serán concedidas, pero por las razones previamente expuestas en ésta providencia, en razón a las cesantías retroactivas.

5. CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso numeral 1º, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandante dentro del presente proceso, en vista de haberse resuelto de manera desfavorable el recurso de apelación interpuesto, las cuales se liquidarán por el Juez de primera instancia.

6. LA DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida el once (11) de marzo de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, y en su lugar, se **NIEGAN** las pretensiones de la demanda, por las razones señaladas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo a lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

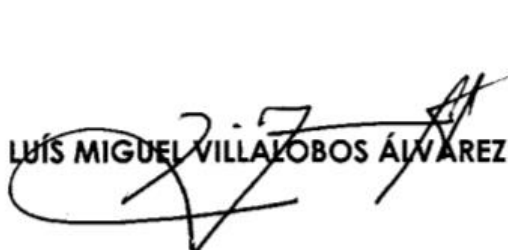
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

13001-33-33-001-2017-00137-01

LOS MAGISTRADOS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Las anteriores firmas hacen parte del proceso de radicado No. 13001-33-33-001-2017-00137-01

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
Radicado	13001-33-33-001-2017-00137-01
Demandante	BELLARMINA HURTADO OSORIO mibo012@hotmail.com
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOLIVAR ppmg821@hotmail.com notificacines@bolivar.gov.co
Tema	SANCIÓN MORATORIA
Magistrado ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL