Cartagena de Indias D. T. y C., nueve (9) de octubre de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13001-33-33-008-2017-00274-01**
Demandante	**TULIA ÁLVAREZ FERNÁNDEZ** mibo012@hotmail.com
Demandado	**DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**
Tema	**SANCIÓN MORATORIA**
Magistrado Ponente	**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

TURNO AL DESPACHO: REITERACIÓN LINEA JURISPRUDENCIAL SANCIÓN MORATORIA

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha catorce (14) de agosto de dos mil dieciocho (2018)[1], proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA[2].

1.1. Hechos relevantes planteados por la accionante.

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

- La señora Tulia Álvarez Fernández fue nombrada mediante Acta de Posesión No. 061 del 25 de octubre de 1990, en el cargo de Ayudante de Instrumentación en la Clínica Maternidad Rafael Calvo.

- Aduce la accionante que, ostentaba para la época la calidad de empleada pública del sector salud del orden departamental, razón por la cual, era beneficiaria del régimen de cesantías definitivas en la modalidad de retroactivas.

[1] Folios 62-66 cdr.1
[2] Folios 1-20 cdr.1

- Que la demandante, actuando en nombre propio, el día 19 de julio de 2012 presentó reclamación administrativa ante el Departamento de Bolívar, solicitando que se ordenara el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas en la modalidad de retroactivas a su favor.

- Se señala que, mediante Resolución No. 759 de fecha 24 de junio de 2015 la entidad demandada le reconoció a la señora Tulia Álvarez Fernández las cesantías definitivas en modalidad de retroactivas, las cuales fueron pagadas de manera indexadas el 09 de julio de 2015, tal y como consta en el comprobante de egreso No. 237793, superando así los 65 días que dispone la norma para tal fin.

- El 17 de mayo de 2017, la parte accionante solicitó ante el Departamento de Bolívar, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, por el reconocimiento, liquidación y pago tardío de las cesantías definitivas.

- Hasta la fecha de la solicitud de conciliación administrativa prejudicial, el Departamento de Bolívar no dio respuesta a lo solicitado en la petición de fecha 17 de mayo de 2017.

1.2. Pretensiones de la demanda.

La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo, como consecuencia de la no respuesta por parte del Departamento de Bolívar frente a la solicitud de fecha 17 de mayo de 2017 realizada por la accionante respecto del pago de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de sus cesantías definitivas en la modalidad de retroactivas.

A título de restablecimiento del derecho se solicita que: (i) se condene a la entidad demandada a cancelar a la actora la sanción moratoria a partir del día siguiente a los 65 días hábiles posteriores a la radicación de la solicitud de fecha 19 de julio de 2012 y hasta que se hizo el pago efectivo de las cesantías definitivas en la modalidad de retroactivas; (ii) se tenga en cuenta lo dispuesto por la Sala Plena del Consejo de Estado en lo concerniente a la fecha en que debe empezar a contabilizarse la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías; y (iii) se condena a la parte demandada al pago de costas y agencias en derecho que genere la demanda interpuesta.

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: artículos 1, 2, 90 y 124 de la Constitución Política; Ley 4 de 1992; Ley 6 de 1945; Ley 6 de 1956; Ley 244 de 1995; Ley 1071 de 2006; y el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

Arguye que la entidad demandada con su actuar ha desconocido los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, esto es, el derecho al trabajo y el derecho constitucional de percibir una remuneración por el ejercicio de un trabajo.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[3].

La entidad demandada Departamento de Bolívar contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones esbozadas en el escrito de demanda, por carecer de fundamentos de hecho y de derecho para invocarlas.

Sostiene que, dentro del presente asunto, se encuentra configurada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que el personal vinculado a la ESE Clínica de Maternidad Rafel Calvo, es designado directamente por ésta, razón por la cual, la entidad demandada no tiene responsabilidad alguna respecto de las prestaciones sociales de los empleados vinculados a la citada Clínica.

Así mismo, señala que el extremo pasivo del presente contradictorio debería estar integrado por la ESE Clínica de Maternidad Rafael Calvo, toda vez que la demandante estuvo vinculada directamente con la mencionada entidad, quien posee personería jurídica, lo que la legitima para comparecer de manera autónoma al proceso.

Propuso como excepción, la siguiente:

1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.
2. INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1. Sentencia de Primera Instancia.

[3] Folios 35-40 cdr.1

Mediante sentencia de fecha catorce (14) de agosto de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado el 17 de agosto de 2017 que negó el pago de la sanción moratoria deprecada, debido al pago tardío de las cesantías definitivas reconocidas en Resolución No. 759 del 24 de junio de 2015 en favor de la señora Tulia Álvarez Fernández.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, ordenó al Departamento de Bolívar a reconocer y pagar a favor de la demandante, 980 días de salarios del año 2015 por concepto de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006.

Manifestó el A-quo que la demandante si es acreedora de la sanción moratoria reclamada.

3.2. Recurso de apelación.[4]

La parte demandada interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia para que, en su lugar, sean negadas las pretensiones alegadas en el escrito de demanda.

Argumenta que la demandante al encontrarse vinculada al Departamento de Bolívar con anterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996, esto es, e 25 de octubre de 1990, ello difiere sustancialmente de lo estipulado en la Ley 244 de 1995, puesto que no puede pretender hacer extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que se encuentra regulado por una norma especial, como lo es la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantías.

Arguye que en el eventual caso en que sea aplicada la Ley 244 de 1995, no le asiste obligación legal al Departamento de Bolívar para asumir la cancelación de las sumas pretendidas, comoquiera que no resulta procedente el pago de la sanción moratoria de un pago de auxilio de cesantías que se le realizó a la señora Tulia Álvarez Fernández dentro de los parámetros estipulados por la Ley.

3.3. Trámite procesal de segunda instancia.

4 Folios 67-60 cdr.1

Con auto de fecha doce (12) de febrero de dos mil diecinueve (2019)[5] se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada. Mediante auto de veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019)[6] se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.4. ALEGACIONES.

La parte demandante [7] presentó alegatos de conclusión.

La entidad demandada[8] presentó alegatos finales.

3.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de segunda instancia 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*

[5] Folio 4 cdr.2
[6] Folio 9 cdr.2
[7] Folios 12-15 cdr.2
[8] Folios 16-20 cdr.2

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:

> *¿Tiene derecho la demandante a que se le reconozca y pague la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, derivada del no pago oportuno de sus cesantías definitivas en modalidad de retroactivas, causadas con ocasión de su desempeño como Ayudante de Instrumentación en la Clínica Maternidad Rafael Calvo?*

2.2. Tesis de la Sala.

La Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia, toda vez que no le asiste razón a la demandante a que le sea reconocida la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías en aplicación de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, por ser beneficiaria del régimen de cesantías retroactivas, ya que tal penalización solo fue consagrada para el régimen de cesantías anualizado, al que la actora no pertenece.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

3.1. 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 parágrafo 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]

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado[10] 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 Administrativa[11] 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

[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.
[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.

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° 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 Corporación[13], 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 CONCRETO

4.1. Hechos probados.

[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)

En el presente proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

Copia simple del Acta de Posesión No. 061 de fecha 25 de octubre de 1990, en la cual la señora Tulia Álvarez Fernández toma posesión del cargo de Ayudante de Instrumentación en la Clínica de Maternidad Rafel Calvo.[14]

Copia simple de la Resolución No. 759 de fecha 24 de junio de 2015 expedida por el Secretario de Hacienda del Departamento de Bolívar, por medio de la cual se reconoce y se ordena un pago de cesantías retroactivas en favor de la señora Tulia Álvarez Fernández.[15]

Oficio GOBOL-17-014519 de fecha 09 de mayo de 2017 expedido por la Dirección de Tesorería de la Gobernación de Bolívar, mediante el cual se da respuesta al derecho de petición elevado por la demandante, en el que se adjunta copia del Comprobante de Egreso No. 237793 del 09 de julio de 2015 por valor de $14.751.481, el cual fue pagado a favor de la señora Tulia Álvarez Fernández, mediante apoderado, por concepto de cesantía retroactiva reconocidas en la Resolución No. 759 del 24 de julio de 2015.[16]

Copia simple del Comprobante de Egreso No. 237793 de fecha 09 de julio de 2015 por la suma de catorce millones setecientos cincuenta y un mil cuatrocientos ochenta y un pesos ($14.751.481) a favor de la señora Tulia Álvarez Fernández por concepto de pago de acreencias laborales retroactivas.[17]

Petición radicada por la señora Tulia Álvarez Fernández, en fecha 17 de mayo de 2017 ante la Gobernación de Bolívar, en la que solicita que se reconozca y ordene el pago de la sanción por mora desde el momento en que se venció el término de Ley para su cancelación, debido al pago tardío de las cesantías definitivas en modalidad de retroactivas, teniendo como salario base para su liquidación el último salario devengado para el día 14 de septiembre de 2004.[18]

Constancia de no conciliación de fecha 25 de octubre de 2017, expedida por la PROCURADURÍA 176 JUDICIAL I PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS.[19]

---

[14] Folio 10 cdr.1
[15] Folios 11-13 cdr.1
[16] Folio 14 cdr.1
[17] Folio 15 cdr.1
[18] Folios 16-17 cdr.1
[19] Folios 18-19 cdr.1

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

En el caso que nos ocupa, la Sala observa que la señora Tulia Álvarez Fernández estuvo vinculada al Departamento de Bolívar desde el 25 de octubre de 1990 hasta el 14 de septiembre de 2004[20] y, como consecuencia de ello, la entidad demandada mediante Resolución No. 759 del 24 de junio de 2015, ordenó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías retroactivas indexadas en favor de la accionante.

Igualmente, se encuentra probado que el Departamento de Bolívar le reconoció a la demandante por concepto de cesantías la suma de CATORCE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS MCTE ($14.751.481), las cuales fueron canceladas en fecha 09 de julio de 2015, de conformidad con la constancia de pago dispuesto en el Comprobante de Egreso No. 237793, efectuado por la entidad accionada.[21]

De conformidad con lo anterior, esta Corporación evidencia que a la accionante le fueron reconocidas y pagadas las cesantías retroactivas a las que tenía derecho luego de diez (10) años, nueve (9) meses y veintidós (22) días de haber finalizado su relación laboral con el Departamento de Bolívar.

Ahora bien, de cara al marco normativo y jurisprudencial arriba analizado, el Consejo de Estado[22] 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.

En ese sentido, si la actora fue vinculada como ayudante de instrumentación desde el año 2004 y al no quedar demostrado que se haya acogido al régimen anualizado de cesantías, se denota que goza del régimen retroactivo, en consecuencia, no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria solicitada, toda vez que no se encuentra cobijada bajo el régimen de liquidación anual de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990.

En ese orden de ideas, la Sala accederá a lo solicitado por el apoderado de la parte demandada en el escrito de apelación y, por consiguiente,

[20] Folio 11 cdr.1
[21] Folio 15 cdr.1
[22] 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)

revocará la sentencia de primera instancia de fecha ocho (08) de junio de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Circuito de Cartagena por las razones aquí esbozadas.

5. CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandante dentro del presente proceso, las cuales se liquidarán por el Juez de primera instancia.

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 catorce (14) de agosto de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, y en su lugar, se **NIEGAN** las pretensiones de la demanda, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por la 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.

LOS MAGISTRADOS

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13001-33-33-008-2017-00274-01**
Accionante	**TULIA ÁLVAREZ FERNÁNDEZ** mibo012@hotmail.com
Accionado	**DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**
Tema	**SANCIÓN MORATORIA**