

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ

Quibdó, treinta (30) de mayo de dos mil catorce (2014).

SENTENCIA No. 102

REFERENCIA: EXPEDIENTE 27001 23 31 003 2013 00143 00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE: ADRIANA RIVAS PEÑALOZA
ACCIONADO: DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ – DASALUD EN EN LIQUIDACION.

MAGISTRADA PONENTE: NORMA MORENO MOSQUERA

Surtido el trámite correspondiente, procede el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, a proferir la Sentencia que en derecho corresponda, en el asunto de la referencia, con fundamento en los siguientes razonamientos:

ANTECEDENTES

Obrando por intermedio de apoderada la señora ADRIANA RIVAS PEÑALOSA demanda a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho al DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ – DASALUD EN LIQUIDACIÓN, a fin de que se le reconozca y pague la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas correspondientes a los años 2005 a 2007.

DECLARACIONES Y CONDENAS

La apoderada de la parte demandante, solicitó pronunciamiento sobre las siguientes pretensiones:

“PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, originado del silencio administrativo negativo, con ocasión al derecho de petición radicada el 18 de marzo de 2010 y radicado en la misma fecha, en el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó (DASALUD – CHOCÓ). En el cual solicita a la entidad el reconocimiento y pago de la sanción moratoria como consecuencia del incumplimiento en el pago de las cesantías definitivas las cuales fueron solicitadas el 17 de noviembre de 2009, sin obtener pago las cesantías definitivas a favor de la señora ADRIANA RIVAS PEÑALOZA.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración en calidad de Restablecimiento del Derecho, condénese a las entidades demandadas a reconocer y pagar a la señora ADRIANA RIVAS PEÑALOZA, la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 artículo 2, reglamentada por la Ley 1071 de 2006, por el no pago oportuno de las cesantías definitivas correspondientes a los años

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

2005 a 2007, deberá cancelar a título de sanción moratoria un día de salario por cada día de mora es decir la suma de TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$31.573) desde el 8 de mayo de 2010 hasta que se cancele las cesantías definitivas, por cuanto DASALUD Chocó, no ha cancelado las cesantías definitivas pese haberse solicitado su pago, como consecuencia de la terminación de la relación laboral el 31 de diciembre de 2007.

TERCERO: *La liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas liquidadas de monedas de curso legal en Colombia y se ejecutaran dichas condenas tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor conforme a lo dispuesto en los artículos 195 numeral 4 de la Ley 1437 de 2011*

CUARTO: *Para el cumplimiento de las sentencias se ordenará dar aplicación a los artículos 189, 192, 193, 195 de la Ley 1437 de 2011”.*

HECHOS Y OMISIONES

Los hechos de la demanda se resumen así:

PRIMERO. La señora ADRIANA RIVAS PEÑALOZA, laboró al servicio del Departamento Administrativo del Chocó, en el cargo de Auxiliar de Enfermería, en el Centro de Salud de Pie de Pató en el periodo correspondiente entre el 26 de diciembre de 1995 hasta el 31 de diciembre de 2007.

SEGUNDO. Al momento de la desvinculación del cargo que venía desempeñando la actora, no se le canceló sus cesantías definitivas, pese haberse solicitado su pago, mediante derecho de petición de fecha 17 de noviembre de 2010, como consecuencia de la mora en el pago de las cesantías definitivas, mediante reclamación administrativa de fecha 18 de marzo de 2010 y radicada el 18 de marzo de 2010, en el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó, la señora ADRIANA RIVAS PEÑALOZA solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, de conformidad con lo establecido en la Ley 244 de 1995, reglamentada por la Ley 1071 de 2006.

TERCERO: Según lo reglado en la Ley 50/90, artículo 99, numeral 3º, la Ley 244 de 1995, reglamentada por la Ley 1071 de 2006, era obligación del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Departamento del Chocó, a la terminación de la relación laboral, en este caso, cancelar junto con sus demás prestaciones sociales a la demandante, sin embargo, hasta la fecha no se ha hecho.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTOS DE LA VIOLACIÓN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

Se cita como normas violadas las siguientes: artículo 53 de la Constitución Política, artículo 1 Decreto 2712 de 1999, Decreto 3118 de 1968 artículos 1 ordinal A, artículo 2 ordinales A y B artículo 28 y artículo 37, Ley 1071 de 2006, Ley 244 de 1995, Ley 50 de 1990 artículos 99, artículo 83, 189, 192, 193, 195, 138 de la Ley 1437 de 2012, Ley 1564 de 12 de julio de 2012 artículos 302, 303, 307.

El acto objeto de nulidad está contemplado en el artículo 83 de la Ley 1437 de 2012, en el cual a pesar de haberse solicitado a las entidades demandadas, mediante reclamación administrativa de fecha 18 de marzo de 2010 y radicado 18 de marzo de 2010, en el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó DASALUD, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la omisión de la entidad en el pago de las cesantías definitivas al término de la relación laboral, contraria las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006. La administración no da respuesta a la reclamación y a esa fecha hoy han pasado 2 años.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Departamento del Chocó contestó la demanda extemporáneamente y DASALUD en liquidación no contestó la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

DE LA PARTE DEMANDANTE

La apoderada de la parte demandante, presentó sus alegatos de conclusión en escrito visto a folios 201 a 205, manifestando que:” *A pesar de la postura que ha venido tomando, el Tribunal del cual disiento, porque la figura de sustitución patronal, de acuerdo a lo normado en la Ley 6 de 1995 y sus decretos reglamentarios, fue concebida por el legislador, para darle estabilidad laboral a los trabajadores del sector privado, en la continuidad de los contratos, cuando la empresa para la cual presta sus servicios se sustituya de patrono y en caso excepcionales es aplicable pero solo para los trabajadores oficiales y no para los empleados públicos, como es el presente caso, ya que la demandante, estaba vinculada por medio de un nombramiento provisional, como consta en las plenarios.*

Dentro de las pruebas recaudadas en el proceso, se está demostrando la relación laboral, con la resolución de nombramiento, el acta de posesión y la constancia de trabajo, el extracto individual de cesantías expedida por el Fondo Nacional del Ahorro, donde se evidencia la omisión de la entidad en el giro de las cesantías de la demandante, presupuestos estos que corroboran la omisión por parte de DASALUD- Chocó, en cumplir con las obligaciones establecidas en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que hace que el acto administrativo

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

demandado, es contrario con los mencionados preceptos y por consiguiente está viciado y por ende debe declararse nulo y como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo negativo de fecha 18 de marzo de 2010 y notificado el 18 de marzo de 2010, se le debe restaurar el derecho a la accionante, reconociéndosele la sanción moratoria, conforme lo establece artículo 2 de la Ley 244 de 1995, reglamentada por la Ley 1071 de 2006, por el no pago oportuno de las cesantías por parte de DASALUD – CHOCÓ, esto de conformidad con abundantes fallos proferidos por el Consejo de Estado”.

DE LA PARTE DEMANDADA

DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ: No hay constancia procesal de que haya presentado alegatos de conclusión en el presente asunto.

DASALUD EN LIQUIDACION: El apoderado de la entidad demandada, presentó sus alegatos de conclusión en escrito visto a folios 206 a 216, manifestando que: *“La demandante solicita la declaratoria de nulidad de un acto ficto o presunto originado en el silencio administrativo negativo nacido de la no respuesta a la petición interpuesta por la accionante en fecha 18 de mayo de 2010, en el cual solicitaba el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, como consecuencia del incumplimiento en el pago de las cesantías definitivas, solicitadas el 17 de noviembre de 2009. Nótese como la demandante en el acápite de declaraciones y condenas, solo demanda o solicita el pago de la sanción moratoria que no el pago de las cesantías definitivas.*

La demandante estuvo vinculada con DASALUD Chocó, conforme ella misma asegura, desde el 26 de diciembre de 1995, hasta el 31 de diciembre de 2007; conforme a lo establecido por la ley, la prescripción extintiva de sus derechos laborales inicio a contarse desde el día siguiente al de su desvinculación, por lo que de no ser interrumpida la prescripción llegaría el 31 de Diciembre de 2010; sin embargo la demandante presentó solicitud de pago de cesantías definitivas el día 17 de noviembre de 2009 fecha de la primera petición, interrumpiendo de este modo la prescripción, la cual iniciaría a contar nuevamente desde dicha fecha y acaecería el 17 de noviembre de 2012.

Si bien el acto ficto demandado nace, conforme lo señala la demandante, del silencio acaecido frente a petición radicada el 17 de noviembre de 2009, hecho que en virtud de la ley interrumpe el termino de prescripción, el cual se inicia a contar nuevamente. Sin embargo esta interrupción se da por una sola vez de modo que la nueva fecha de prescripción sería el 17 de noviembre de 2012, y la reclamación judicial es radicada ante juzgados en fecha posterior, esto es, el 26 de abril de 2013, evidenciándose la extemporaneidad de la misma”.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

EL MINISTERIO PÚBLICO

No hay constancia procesal de que la Agente del Ministerio Público haya emitido su concepto en el presente asunto.

CONSIDERACIONES

Competencia:

El Tribunal es competente para resolver el presente asunto de conformidad con lo establecido en el artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que asigna a los tribunales el conocimiento en primera instancia de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

No se observa la existencia de causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que procede el Tribunal a pronunciarse de fondo en el presente asunto.

Asunto preliminar

De conformidad con la Ordenanza 024 del 4 de septiembre de 1997, y el Decreto Ordenanzal 912 de 1997 El Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó, DASALUD, fue determinado como un organismo de la administración central departamental, sin personería jurídica que depende directamente del Gobernador del Departamento del Chocó el cual por medio de la Resolución 272 del 24 de febrero de 2005, delega la Representación Judicial de dicha entidad en el Director del Departamento Administrativo de Salud, por lo que la decisión que adopte la Sala en el sub lite, necesariamente tiene como destinatario dicho ente territorial por ser quien detenta la personería jurídica; así lo precisó este Tribunal en la sentencia No. 187 dictada el 29 de noviembre de 2011, dentro del radicado No. 2006 – 233, de la misma ponente¹.

¹ En esa oportunidad dijo el Tribunal: la Sala precisa que no le asiste razón a la apoderada del Departamento del Chocó, por cuanto al ser el Departamento Administrativo de Salud del Chocó DASALUD, una entidad sin personería jurídica, la representación legal corresponde al Gobernador del Departamento del Chocó, lo cual se corrobora con la Resolución No. 0272 de 2005 (folios 45 y 46), por medio de la cual dicho servidor delega la Representación Judicial de dicha entidad en el Director del Departamento Administrativo de Salud, toda vez que sólo se pueden delegar aquellas funciones que son propias, según el Consejo de Estado¹:

“La delegación de funciones constituye un mecanismo mediante el cual un funcionario u organismo competente transfiere de manera expresa y por escrito, en las condiciones señaladas en el acto de delegación y en la ley, a uno de sus subalternos o a otro organismo, una determinada atribución o facultad, siempre y cuando se encuentre autorizado para ello por la ley”.

En la misma sentencias, dicha Corporación al hacer un análisis de los artículos 9º, 10 y 11 de la Ley 489 de 1998 definió dentro de sus características el hecho de que la c. “la delegación no implica la pérdida de la titularidad sino la transferencia del ejercicio de la competencia”¹. Dos aspectos interesa

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

No obstante, DASALUD, cuenta con autonomía presupuestal y administrativa y patrimonio propio, en consecuencia, el fallo se pronunciará contra la Gobernación del Departamento del Chocó, en consideración a que el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó no es un ente descentralizado en las condiciones y términos fijados por la Ley 489 de 1998 al no gozar de personería jurídica, tal como se indica en la ordenanza 024², así las cosas, no tiene todas las características jurídicas para tenerla como pleno sujeto de derechos y obligaciones ya que pertenece al sector central del Departamento del Chocó, sin embargo, el restablecimiento del derecho se ordenará con cargo al presupuesto de dicha entidad, en virtud de su autonomía en esta materia, lo que supone la posibilidad de disponer, en forma independiente, de sus recursos³.

Problema jurídico

Se trata en este caso de establecer la legalidad del acto ficto o presunto resultante de la petición de fecha 18 de marzo de 2010, radicada en la entidad en la misma fecha, por medio del cual se entiende que la entidad accionada niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías definitivas de los años 2005 a 2007 prevista en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006, con el consecuente restablecimiento del derecho.

En este orden de ideas, corresponde a la Sala, establecer, con apoyo en el acervo probatorio si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria reclamada por el no pago de sus cesantías definitivas, consagrada en el artículo 2º de la Ley 244 de 1995.

destacar de esta afirmación: el primero, que en la medida en que la delegación es esencialmente revocable y en cualquier momento el delegante, igualmente de manera expresa, puede reasumir la competencia delegada, se transfiere tan sólo el ejercicio, mas no la titularidad de la misma, la cual se mantiene siempre en el catálogo de funciones asignadas por la ley al empleo público correspondiente. Y, el segundo, que si bien tanto la ley¹ y la jurisprudencia -recién citada- como la doctrina¹ han señalado, en no pocas ocasiones que “el objeto de la delegación es la competencia o autoridad que ostenta el delegante para ejercer las funciones de su cargo”¹, es lo cierto que el propio Constituyente colombiano zanjó la cuestión al establecer que lo delegable son las funciones propias del cargo del cual se trate -artículos 196 inciso 4, 209 y 211 constitucionales-.(subraya del original).

² Ver artículo 1º del Decreto ordenanza 912, del 01 de diciembre de 1997.

³ Sobre la autonomía presupuestal la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad del artículo 51 (parcial) de la Ley 179 de 1994 "por la cual se introducen algunas modificaciones a la Ley 38 de 1989, Orgánica del Presupuesto" expresó en la Sentencia No. C-101/96, M. P. dr. EDUARDO CIFUENTES MÚÑOZ: La ejecución del presupuesto por parte de los órganos constitucionales a los que se reconoce autonomía presupuestal supone la posibilidad de disponer, en forma independiente, de los recursos aprobados en la Ley de Presupuesto

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

En el presente proceso se analiza la legalidad del acto presunto resultante de la falta de respuesta de la entidad demandada a la petición formulada por la señora ADRIANA RIVAS PEÑALOZA para resolver el problema jurídico planteado la Sala abordará el estudio de los siguientes temas: 1.- Acto demandado, 2.-Cesantías, 3.- La Sanción moratoria y el 4.-El caso concreto.

1.- Acto demandado.

El acto demandado lo constituye el acto ficto o presunto consecuencia del silencio administrativo negativo originado en la petición de fecha 18 de marzo de 2010 al **DEPARTAMENTO DEL CHOCO – DASALUD EN LIQUIDACION**, con el cual se entiende se despacha desfavorablemente la petición de la señora ADRIANA RIVAS PEÑALOZA. (folios13 a 19).

Ab initio, se precisa que si bien la demanda se presentó el 25 de abril del año 2013, es decir, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual entró a regir el 2 de julio de 2012⁴, el acto ficto se configuró bajo la vigencia del Anterior Código, Decreto 01 de 1984, el cual señala:

“Artículo 40. Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto”.

El artículo anterior fue declarado exequible por la Corte Constitucional⁵ según la cual *“Estas disposiciones, lejos de perjudicar al peticionario, buscan hacer efectivo su derecho a obtener pronta contestación respecto de sus solicitudes, procurando que, mediante una definición hecha por la propia ley -a falta de la respuesta administrativa-, sepa con certeza si sus pretensiones han sido concedidas o negadas, para que pueda obrar de conformidad en defensa de los intereses particulares o generales que lo animan”.* Afirmó además que consagra dicha norma el "**efecto**" que produce la falta de una respuesta por parte de la Administración, negativo para el peticionario por regla general.

Para el Consejo de Estado⁶, El silencio administrativo negativo tiene como propósito no sólo sancionar a la Administración negligente, sino conceder al administrado la garantía de demandar.

Constata la Sala que el acto demandado fue radicado en la administración el día 18 de marzo de 2010 y se afirma en la demanda que vencido el término

⁴ Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011

⁵ C- 304 de 1999, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo

⁶ C.E., Sección Cuarta, sentencia del 18 de octubre de 2007, M.P. Dr. HECTOR J. ROMERO D

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

establecido en la ley no se obtuvo respuesta alguna, lo que no fue controvertido por la demandada, luego se configuró en este caso el silencio administrativo negativo, en los términos del artículo 40 del Decreto 01 de 1984, dando lugar al surgimiento al acto administrativo ficto o presunto acusado.

De conformidad con el numeral 1°, literal “d” del artículo 164 del CPACA, la demanda podrá ser presentada en cualquier tiempo, cuando se dirija contra actos productos del silencio administrativo, así dispone la norma:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

d) Se dirija contra actos producto del silencio administrativo”;

Se aclara que con la primera petición se solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de la actora y con la segunda el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Así las cosas, en el presente asunto no se puede hablar del fenómeno de la caducidad, ello en atención a que conforme a la legislación, la demanda en casos como el que nos ocupa, puede interponerse en cualquier tiempo, de conformidad con el artículo 164 literal d, del C.P.C.A., norma que analizada en concordancia con el numeral 2° del artículo 161 del C.P.C.A., en cuanto dispone que *“El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto”*

Ahora bien en los alegatos de conclusión la parte demandada DASALUD en liquidación plantea la excepción de prescripción, sin embargo, en sus argumentos, se refiere al término para la presentación de la demanda, lo cual claramente, hace relación es al término de caducidad, empero, para el despacho es claro, que la misma no tiene vocación de prosperidad, ya que de acuerdo con los hechos de la demanda se tiene, que la actora laboró al servicio de Dasalud hasta el 31 de diciembre de 2007; por lo tanto ésta tenía hasta el 31 de diciembre de 2010 para reclamar sus cesantías y, en atención a que las mismas fueron solicitadas el 17 de noviembre de 2009 y el 18 de marzo de 2010 , se interrumpió la prescripción en los términos del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 establecen:

“Artículo 41°.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

Ahora bien en la demanda se solicitó la nulidad del acto ficto o presunto, surgido contra la petición de fecha 18 de marzo de 2010, es decir aquel con el cual se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, en el proceso no existe prueba de que a la fecha se haya dado respuesta alguna a la petición y cuando la administración omitió dar respuesta a la peticionaria, surgió el acto presunto, lo cual hace que no haya término de caducidad para presentar la demanda, es decir, en este caso no procede contar nuevamente el término de tres años para contar el término para la prescripción pues el numeral 2 del artículo 161 del CPACA, autoriza demandar el acto ficto que surge en relación con la primera petición, se concluye entonces que no hay prescripción de los derechos laborales reclamados, por lo que se declarara no probada la excepción propuesta por Dasalud.

Al no existir prescripción sobre la cesantías tampoco lo abra respecto a la sanción moratoria, por ser esta consecuencia del pago tardío de la primera y no hay constancia de que se hayan pagado las cesantías.

2. Cesantías.

Sobre las cesantías, precisó el Consejo de Estado que, “La cesantía es una prestación social creada a cargo del empleador y a favor del trabajador, es una figura jurídica con clara orientación social en el desarrollo de las relaciones obrero patronales, pues busca retribuir la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de actividades definitivo”⁷.

Así mismo, ha dicho la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo que: “*la finalidad de las cesantías es amparar al servidor público durante la cesación en la prestación del servicio, por lo que una vez aceptada la renuncia del cargo procede el reconocimiento definitivo de la prestación y lograr su disfrute por el tiempo en que esté cesante, es decir, hasta que se vincule nuevamente. En consecuencia, cada vez que ocurre un retiro definitivo, se da origen al reconocimiento de las cesantías definitivas*”⁸.

Si bien las cesantías se liquidan anualmente, las mismas sólo son exigibles al término de la relación laboral; conforme al marco normativo reseñado, la entidad está obligada a liquidar las cesantías y a consignarla en la cuenta individual del trabajador en el Fondo Correspondiente, sin embargo, para el trabajador sólo son exigibles al terminar la relación laboral, sin perjuicio de que

⁷ C.E., Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 6 de marzo de 2008, M.P. dr. Eduardo Gómez Aranguren

⁸ C.E., Sección Segunda Sub Sección “B”, sentencia del 13 de marzo de 2008, M.P. dra, Bertha Lucía Ramírez de Páez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

pueda hacer retiros parciales con el lleno de los requisitos legales⁹, sobre este tópico el Consejo de Estado precisó¹⁰:

*“(...) las cesantías son consideradas como un ahorro del trabajador **que solo es posible solicitar de manera definitiva una vez finiquite la relación de trabajo** o se requiera su liquidación parcial bajo ciertos eventos contemplados por la normatividad, por lo tanto no es dable al empleador, retener dicho dineros y no hacer un reconocimiento total de la misma cuando el trabajador se retira del servicio.*

...

La cesantía definitiva, es la prestación social que se reconoce y paga cuando se rompe el vínculo entre el funcionario y el Estado, es decir, cuando éste se retira del servicio.

...

Como se ve, se distinguen dos momentos diferentes que obedecen a situaciones distintas: Uno es el momento de la liquidación del auxilio y otro es el momento de pago del mismo previamente liquidado”. (resaltamos).

3.- La sanción moratoria

La Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, dispone que:

*“...ARTÍCULO 1o. <Artículo subrogado por el artículo 4o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de **las cesantías definitivas o parciales**, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*

*ARTÍCULO 2o. <Artículo subrogado por el artículo 5o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, **sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.***

⁹ “Las cesantías parciales se conceden mientras no haya desaparecido el vínculo que une a un empleado con el Estado, cuando se demuestra que han de utilizarse para ciertos fines, claramente señalados en los preceptos legales que regulen la materia, como por ejemplo, adquisición de vivienda. Las cesantías definitivas, como su nombre lo indica, se reconocen y pagan cuando se rompe el vínculo entre el funcionario y el Estado, es decir, cuando éste se retira del servicio”.(C.E., Sección Segunda, sentencia del 30 de abril de 1997)

¹⁰ Ibídem

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este...” (resaltamos)

El propósito del legislador al establecer una sanción por el retardo en el pago de las cesantías fue buscar objetividad, igualdad y agilidad en el pago de las cesantías, porque con ello se evitaba la corrupción que tales trámites conllevaban¹¹. De otra parte, castigar la inercia de la administración y el incumplimiento de la entidad.

No trae consigo la norma ninguna excepción a la aplicación de la sanción, lo que quiere decir, que si no se pagó dentro del término estipulado para ello, la sanción se aplica.

Cabe precisar que el artículo 2º de la Ley 244 de 1995, subrogado por el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, al disponer “sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional del Ahorro”, dejó a salvo lo previsto en el artículo 31 del Decreto 1453 de 1998, que estableció para El Fondo Nacional de Ahorro la obligación de pagar la cesantía parcial de sus afiliados, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud.

El Consejo de Estado ha diferenciado claramente, las consecuencias que se derivan de la no consignación oportuna de las cesantías al respectivo fondo y la resultante del no pago de las cesantías al término de la relación laboral en los siguientes términos¹²: “...en el sentido de que existe diferencia entre la indemnización derivada de la falta de consignación antes del 15 de febrero en un fondo, por la cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre; con la que surge frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando el trabajador se retira del servicio por cualquier causa y la administración no paga oportunamente la cesantía que adeuda, deberá cancelar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 1995.

Lo anterior indica que a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del Decreto 1582 de 1998, se genera por la no consignación oportuna de la

¹¹ Gaceta del Congreso año IV - N°. 225 del 5 de agosto de 1995

¹²Ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, de 21 de mayo de 2009. Expediente 2070 de 2007, actor: William Arango Pérez. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, reiterada en la sentencia del 23 de junio de dos mil once 2011, M. P. Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

cesantía que se paga anualizada al 15 de febrero, y la segunda, prevista en la Ley 244 de 1995, se genera por el no pago de esa prestación al momento del retiro del servicio (cesantía definitiva)”.

Lo anterior nos permite entrar al análisis del caso concreto y a ello se procede.

3. El caso concreto

Se encuentra probado en el proceso que la señora ADRIANA RIVAS PEÑALOZA, ingresó al Departamento Administrativo de Salud DASALUD, en el cargo de Auxiliar de Enfermería en el centro de salud del Municipio de Pie de Pato, en el tiempo comprendido del 04 de septiembre de 1979 hasta el 31 de diciembre de 2007, es decir, que ya se encontraba vinculada cuando entró en vigencia la Ley 344 de 1996 sin embargo se entiende que al estar vinculada al Fondo Nacional del Ahorro acoge el Régimen anualizado de las cesantías.

Ahora bien, se afirmó en la demanda que la actora se retiró del servicio el 31 de diciembre del 2007, sin que la entidad accionada hubiere expedido acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sociales adeudadas, por lo que el 18 de marzo de 2010, radica¹³ ante el Agente Interventor de Dasalud Chocó, petición de reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías definitivas y sanción moratoria por el no pago oportuno de estas.

Dentro del acervo probatorio se encuentra copia del acta Sustitución Patronal suscrito entre el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó DASALUD - CHOCÓ y la Empresa Social del Estado Salud Chocó (ESE SALUD CHOCÓ), en el cual se estableció que a partir del 15 de enero de 2008, los centros administrados por Dasalud pasarían a ser operados por la ESE SALUD CHOCÓ, de acuerdo al acta de sustitución patronal la señora ADRIANA RIVAS PEÑALOZA, se encuentra incluida entre los empleados que migraron de DASALUD - CHOCÓ a la ESE SALUD CHOCÓ.

Así las cosas, lo que se vislumbra es que de facto los empleados de Dasalud pasaron a un nuevo empleador (ESE Salud Chocó) sin solución de continuidad máxime si se tiene en cuenta que la fecha efectiva en la cual operó la sustitución patronal por la ESE Salud Chocó, fue el 15 de enero de 2008, lo que significa que no hubo rompimiento en la continuidad del servicio, pues de conformidad con lo entendido por el ordenamiento jurídico existe tal figura en la prestación del servicio cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio¹⁴.

¹³ Ver folio 13 a 19 del expediente

¹⁴ “DECRETO 1042 DE 1978: ARTICULO 45. DE LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS. (...) Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.

ARTICULO 60. DEL PAGO PROPORCIONAL DE LA PRIMA DE SERVICIO. (...) Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles entre el retiro de una entidad y el ingreso a otra.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

De lo anterior se colige que la actora tuvo **una** relación laboral y que para efectos de la liquidación de sus cesantías no existió solución de continuidad¹⁵; por lo que en el caso sub examine no se configura la solicitada sanción moratoria, establecida en la Ley 244 de 1995, pues de conformidad con el espíritu de la comentada disposición, tal figura se instituyó para proteger el derecho de los servidores públicos **que se retiran del servicio**, es decir, esta – *la sanción moratoria por el no pago de cesantías definitivas*– se genera cuando se rompe el vínculo laboral, por lo anterior las pretensiones de la demandan no tienen vocación de prosperidad.

En lo que respecta a la **sanción moratoria**, de acuerdo con la demanda la actora solicita el pago de las cesantías por haberse retirado de la entidad el día 31 de diciembre de 2007, es decir, a título de **cesantías definitivas**, las cuales se hacen exigibles al momento de la desvinculación del trabajador y de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, la señora ADRIANA RIVAS PEÑALOZA, aún se encuentra vinculada laboralmente a la administración, luego se afirma que la demandante no se encuentra retirada del servicio, por lo que no era exigible el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas y en consecuencia tampoco lo es la sanción moratoria, por el no pago de las cesantías pues la liquidación definitiva y final de cesantías debe efectuarse a la terminación de la relación de trabajo y las cesantías parciales solo son exigibles en los términos, requisitos y condiciones establecidas en la ley¹⁶

DECRETO 1045 DE 1978: ARTÍCULO 10. DEL TIEMPO DE SERVICIOS PARA ADQUIRIR EL DERECHO A VACACIONES. (...) Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad.”.

¹⁵ Admitiendo que dichas disposiciones le fueran aplicables por analogía, según el mandato del artículo 8 de la Ley 153 de 1887

¹⁶El artículo 102 de la Ley 50 de 1990, dispone:
"ARTICULO 102.El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en siguientes casos:

3. *Para financiar los pagos por concepto de matrículas del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado. En tal caso, el Fondo girará directamente a la entidad educativa y descontará el anticipo del saldo del trabajador, desde la fecha de la entrega efectiva. (subrayado fuera de texto).*

El procedimiento, y requisitos se encuentran señalados en el artículo 166 del Decreto 663 de 1993, 6° del Decreto 2791 de 1991, en relación con el retiro parcial de cesantías para la adquisición, mejora o construcción de vivienda, el artículo 256 del Código Sustantivo del Trabajo, de igual forma, debe tenerse en cuenta el Decreto 2076 de 1967 y demás normas concordantes que lo adicionen o reformen, el artículo 30 del Decreto 2795 de 1991.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

Así las cosas al no haberse acreditado por la demandante, que en el presente asunto existió una nueva vinculación laboral con la ESE Salud Chocó, que desvirtuara la existencia de una sola relación laboral, pues como se sostuvo en líneas anteriores, en virtud de la sustitución patronal entre Dasalud y la ESE Salud Chocó, la actora no dejó de prestar sus servicios por más de quince días hábiles; carga que le correspondía de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

Así pues, la parte demandante no cumplió con la carga probatoria¹⁷ que le impone la norma legal en cita, toda vez que –se reitera–, no allegó al proceso prueba alguna que permita a la Sala llegar a conclusión diferente; razón suficiente para que esta Sala niegue la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

No obstante lo afirmado, no puede desconocer igualmente la Sala, que de acuerdo a lo manifestado por el Fondo Nacional del Ahorro en escrito de fecha 31 de enero de 2014, y tal como consta en el extracto individual se cesantías visible a folios 126 a 136 del expediente se observa que aparece como retirada del Fondo Nacional del Ahorro por Servisalud del Chocó y Servicio Seccional de Salud del Chocó en liquidación, entidades que aportaron y reportaron cesantías a su nombre correspondientes a las vigencias fiscales de 1984, 1985 a 2005. Por la ESE Salud Chocó en liquidación, le aparecen aportes y reportes de cesantías a su nombre correspondientes a las vigencias fiscales de 2008 y 2009, por lo que la Sala en aplicación del artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que establece: *“Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden*

¹⁷ De manera más detallada el tratadista DevisEchandía expone lo siguiente: *“Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1º) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.”* DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: *“De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: “carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.”* Ídem pág 406.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

jurídico”, conminará al Gerente Liquidador del Departamento Administrativo de Salud del Chocó para que en cumplimiento de la Ley 432 de 1998 y demás normas concordantes, transfiera al Fondo Nacional del Ahorro los valores correspondiente a las cesantías parciales de la señora ADRIANA RIVAS PEÑALOZA, a la mayor brevedad posible el valor de las cesantías correspondiente a los años que no se hubiere transferido.

La Sala corrige la postura que venía adoptando, en el sentido de ordenar el pago de los intereses a las cesantías a favor del Fondo Nacional del Ahorro, ello en atención a que de conformidad con el artículo 11 de la Ley 432 de 1998, es a dicho Fondo que le corresponde reconocer y abonar a la cuenta individual de cesantías de cada afiliado los intereses de las mismas.

Ello de conformidad a que la ausencia de recursos suficientes para pagar oportunamente derechos derivados de un vínculo laboral no puede convertirse en excusa insuperable para la entidad empleadora encargada de efectuar reconocimientos y pagos prestacionales. Es su deber, por el contrario, adelantar las gestiones necesarias para atender tales obligaciones, que se encuentran íntimamente ligadas con el derecho al trabajo y la dignidad humana¹⁸. Los derechos laborales carecerían de sentido si estuvieran sujetos a condiciones que en la práctica no tienen una fecha cierta de materialización.

Por lo anterior, se negaran las súplicas de la demanda, y para garantizar los derechos laborales ciertos e irrenunciables consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política se ordenará a DASALUD EN LIQUIDACION, consignar en el Fondo Nacional del Ahorro a la señora ADRIANA RIVAS PEÑALOZA, las cesantías de los años 2005 a 2007.

Otras decisiones

RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS - Clases: penal, fiscal, patrimonial, disciplinaria.

La Sala considera que la conducta de quienes tenían la responsabilidad de consignar las cesantías reconocidas a la demandante en este proceso, puede eventualmente comprometer su responsabilidad penal, fiscal, patrimonial, disciplinaria.

Así las cosas y dando alcance a la Ley 432 de 1998¹⁹, y al artículo 2º de la Ley 244 de 1995 que dispone: “*Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el*

¹⁸ Ver T-192 del 05 de marzo de 2003, M. P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

¹⁹ ARTICULO 60. TRANSFERENCIA DE CESANTÍAS. <Artículo modificado por el artículo 103 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Durante el transcurso del mes de febrero las

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este, en armonía con lo enunciado en el PARÁGRAFO del mismo artículo, *“En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo”*, la Sala ordenará se compulse copia de esta sentencia para que la Fiscalía General de la Nación, Procuraduría Departamental, el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó en liquidación, y la Contraloría del Departamento del Chocó, investiguen la conducta, de quienes con su omisión dieron lugar a la presente decisión condenatoria.

COSTAS:

De conformidad con el artículo 365 numeral 5 del Código General del Proceso se abstendrá de imponer en costas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. DENIEGANSE las suplicas de la demanda.

SEGUNDO. ORDENESE a DASALUD en Liquidación, para que adelante las gestiones administrativas, presupuestales y financieras tendientes a la consignación al Fondo Nacional del Ahorro el componente de cesantías que le corresponde a la señora ADRIANA RIVAS PEÑALOZA por los años 2005 a 2007.

entidades empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional del Ahorro el valor liquidado por concepto de cesantías, teniéndose en cuenta los dos últimos números de NIT para fijar fechas de pago.

Mensualmente, las entidades públicas empleadoras enviarán al Fondo Nacional de Ahorro una certificación que contenga el valor total de los factores salariales que constituyan base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior.

Los funcionarios competentes de las entidades públicas empleadoras, que sin justa causa no hagan oportunamente las consignaciones de los aportes mensuales o el envío de los reportes anuales de cesantías debidamente diligenciados, incurrirán en las faltas disciplinarias de conformidad con el régimen disciplinario vigente

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

TERCERO: Declárese no probada la excepción de prescripción solicitada por DASALUD en liquidación.

CUARTO: Por Secretaría, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

QUINTO: Compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, Procuraduría Departamental, Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó en Liquidación y la Contraloría del Departamento del Chocó, para que se investigue la conducta de los funcionarios responsables encargados de aplicar la ley.

SEXTO: No se impondrán costas

SEPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, expídanse copias autenticadas de la presente a las partes y al Agente del Ministerio Público.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sala No. 53 de la fecha.

MIRTHA ABADÍA SERNA
Magistrada
(Aclara voto)

JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado
(Ausente con excusa)

NORMA MORENO MOSQUERA
Magistrada