

Cartagena de Indias D.T y C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-23-33-000-2019-00080-00</b>
<b>Demandante</b>	<b>ALEXANDRA PATRICIA MARTÍNEZ POLO</b>
<b>Demandado</b>	<b>EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE – RIO GRANDE DEL MAGDALENA</b>
<b>Tema</b>	<i>Acto administrativo ficto – reconocimiento de prestaciones sociales con posterioridad al plazo para que se configure el acto administrativo ficto - Sanción moratoria – prescripción.</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar a dictar sentencia de primera instancia en el proceso iniciado por la señora ALEXANDRA PATRICIA MARTÍNEZ POLO, contra la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE – RIO GRANDE DEL MAGDALENA.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. La demanda<sup>1</sup>.

#### 3.1.1 Pretensiones<sup>2</sup>

La parte actora, en su escrito de demanda, solicitó que se le concediera lo siguiente:

PRIMERO: Declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, fruto del silencio administrativo negativo en el cual incurrió la Empresa Social del Municipio de Magangué - Rio Grande del Magdalena, al no responder la petición que formuló la demandante el día 31 de octubre de 2016.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, condénese a la demandada, a restablecer el derecho a favor de la demandante, en el

<sup>1</sup> Folio 1-6 cdno 1 (fl. 1-6 Archivo 01 demanda.)

<sup>2</sup> Folio 1 cdno 1 (fl. 1 Archivo 01 demanda)

13-001-23-33-000-2019-00080-00

sentido de reconocerle y pagarle las cesantías anualizadas, del periodo comprendido entre el 5 de diciembre de 2012 y el 4 de diciembre de 2013.

TERCERO: Condenar a la demandada a reconocer y pagar la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en el fondo, el 15 de febrero de 2013, conforme a lo establecido en la Ley 50 de 1990

CUARTO: Condenar a la demandada, a reconocer y pagar a favor de la demandante, los intereses de las cesantías.

QUINTO: Ordenar el pago de la liquidación definitiva, es decir, el pago de bonificación, prima de servicio, prima de navidad, vacaciones, días de recreación y cesantías.

SEXTO: Condenar a la demandada, a reconocer y pagar a favor de la demandante, un día de salario por cada día de retardo por el no pago oportuno de las cesantías definitivas, desde que se hicieron exigibles hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de esa obligación, conforme a la Ley 244/1995, modificada por la ley 1071/2006, desde el 4 de diciembre de 2013.

SÉPTIMO: Se ordene la indexación de todas las condenas impuestas en la sentencia y condénese en costas.

### **3.1.2 Hechos<sup>3</sup>**

La señora ALEXANDRA PATRICIA MARTÍNEZ POLO, laboró para la entidad demandada, desempeñando el cargo de ODONTOLOGA, en virtud del servicio obligatorio, con una asignación mensual de \$2.115.926.00.

La accionante se encontraba vinculada a través de una relación legal y reglamentaria, desde el día 05 de diciembre de 2012, hasta el día 04 de diciembre de 2013, para un total de 360 días laborados.

Hasta la fecha, la entidad demandada no ha reconocido y pagado la liquidación definitiva por la terminación de la relación laboral, con la inclusión de los siguientes factores: Bonificación, prima de servicio, prima de navidad, vacaciones, días de recreación y cesantías.

Como quiera que la ESE demandada no ha consignado las cesantías anuales y definitivas, en el respectivo fondo, y tampoco ha realizado el pago de las mismas, se torna deudora de la sanción o indemnización moratoria de un día

<sup>3</sup> Folio 1-2 (fl. 1-2 Archivo 01 demanda)

13-001-23-33-000-2019-00080-00

de salario por cada día de retardo por la no consignación de las cesantías causadas por el año 2012.

El 31 de octubre de 2016, la demandante formuló petición a la entidad demandada, la cual, hasta la fecha, no ha sido respondida, por tal motivo, se configuró el silencio administrativo negativo.

### **3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación**

En la demanda se citan como normas violadas las siguientes: la Constitución Política; Artículos 53, 122, 123, 124, 125; Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, Ley 50 de 1990, Ley 244/1995, modificada por la ley 1071/2006, Decretos 1042 de 1978, 2127 de 1945; 1848 de 1969 y 3135 de 1998.

Sostiene que el acto demandado es nulo como quiera que al finalizar la relación legal y reglamentaria; la entidad demandada no expidió el acto de liquidación dentro de los 45 días siguientes, ni pagó en el respectivo fondo las cesantías definitivas a favor de la demandante, ni tampoco hizo la liquidación respectiva de las demás prestaciones sociales, siendo éstas el pago de bonificación, prima de servicio, prima de navidad, vacaciones, días de recreación, lo anterior acredita una clara violación a las disposiciones y ordenes establecidas- en la ley 244/19951 modificada- por la ley 1-071/2006 y los Decretos 1042 de 1978, 2127 de 1945, 1848 de 1969 y 3135 de 1998.

Es nulo el acto demandado; como quiera que vulnera las normas superiores en las que debió fundarse, pues, se reitera, la entidad demandada quebranta las normas invocadas al incumplir lo ordenado en la ley 344 de 1996, y en especial lo previsto en su artículo 13 donde se estableció el régimen anualizado de liquidación de las cesantías para los servidores públicos que se vincularan a partir de su vigencia; y se hizo extensiva la normatividad que estuviera rigiendo en materia de cesantías,

## **3.2 ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda fue presentada el 6 de febrero de 2019<sup>4</sup>, e inadmitida el 29 de mayo de 2019<sup>5</sup> porque no se adjuntaron las pruebas y anexos anunciados en la misma.

<sup>4</sup> Folio 1 cdno 1 (fl. 1 Archivo 01)

<sup>5</sup> Folio 34 cdno 1 (Archivo 04)

13-001-23-33-000-2019-00080-00

Como quiera que la demanda fue subsanada<sup>6</sup> y el Tribunal procedió con la admisión de la misma el 25 de julio de 2019<sup>7</sup>. El 29 de noviembre de 2019 la ESE demandada dio respuesta y anexó las pruebas que pretendía hacer valer<sup>8</sup>. El 21 de octubre de 2020 se prescindió de la audiencia inicial, resolvieron las excepciones previas<sup>9</sup> y el 12 de abril de 2021 se corrió traslado para alegar de conclusión<sup>10</sup>.

### **3.3 CONTESTACIÓN<sup>11</sup>**

La entidad demandada presentó su contestación manifestando que los hechos son parcialmente ciertos, por cuanto la accionante sí laboró en el cargo que indicó, por el periodo de 1 año; sin embargo, expuso que la entidad, mediante Resolución del 364 INT de diciembre de 2018, le reconoció las cesantías, las cuales le fueron pagadas; lo que implica que la ESE no tenía obligación de consignarlas a ningún fondo.

Sostuvo que dentro de los archivos de la entidad no existe la reclamación a la que hace alusión la demandante.

Como excepciones propuso la prescripción, toda vez que la accionante debió haber instaurado la solicitud de reconocimiento de prestaciones a más tardar el día 31 de octubre de 2016, pues su labor terminó el 4 de diciembre de 2013. Lo que indica que los derechos que surgieron de la relación laboral, antes del 31 de octubre de 2013, se encuentran prescritos y que solamente en el evento de sancionar a la entidad, debe hacerse por el periodo comprendido entre el 1º de noviembre al 4 de diciembre de 2013.

Sostiene que existe indebida escogencia de la acción, pues la ESE La entidad expidió el día 31 de diciembre de 2018 la Resolución No 364 INT, mediante la cual se reconoce y ordena pagar prestaciones sociales a la actora. Por ello, se considera que este debió ser el acto atacado.

Afirma que existe caducidad de la acción pues no demandó el acto ficto dentro de los 4 meses que ordena la ley.

Expone que la demanda se encontraba afiliada al Fondo Nacional del Ahorro, por lo que no tiene derecho a la sanción moratoria.

<sup>6</sup> Folio 37-52 cdno 1 (Archivo 05)

<sup>7</sup> Folio 61 cdno 1 (Archivo 06)

<sup>8</sup> Folio 71-77 cdno 1 (Archivo 07)

<sup>9</sup> Folio 121-123 cdno 1 (Archivo 09)

<sup>10</sup> Folio 127 cdno 1 (Archivo 10)

<sup>11</sup> Folio 71-77 cdno 1 (Archivo 07)

### 3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**3.6.1 demandante<sup>12</sup>:** Presentó alegatos solicitando que se acceda a las pretensiones de la demanda; al respecto indicó que, si bien era cierto que en una resolución del año 2018 la ESE demandada había reconocido las prestaciones sociales adeudadas, las mismas aún no se habían pagado, tanto es así, que se expidió la resolución 230 del 1 de octubre de 2020, que modificó la resolución anterior, pero que aún no ha sido cancelada. Además, tampoco se había reconocido la sanción moratoria a que tiene derecho la demandante.

**3.6.2 demandado<sup>13</sup>:** Presentó alegatos solicitando que se denieguen las pretensiones aduciendo que existe prescripción de los derechos.

**3.6.3 Ministerio Público:** no presentó concepto.

## 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 primera instancia, por disposición del artículo 152 del CPACA.

### 5.2 Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el problema jurídico se planteará, así:

*¿Debe declararse la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, fruto del silencio administrativo negativo en el cual incurrió la Empresa Social del Municipio de Magangué Rio Grande del Magdalena, al no responder la petición que formuló la demandante el día 31 de octubre de 2016?*

<sup>12</sup> Folio 130-133 cdno 1 (Archivo 11)

<sup>13</sup> Folio 135-136 cdno 1 (Archivo 12)

13-001-23-33-000-2019-00080-00

Para efectos de responder el anterior interrogante, es importante establecer si:

*¿Debe pronunciarse esta Corporación frente a las prestaciones sociales reconocidas en la Resolución No. 364 INT del 31 de diciembre de 2018?*

*¿Está causada la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías a la accionante, conforme la Ley 244/96? ¿este derecho está prescrito?*

*¿Está causada la sanción moratoria por el retardo en la consignación de las cesantías al fondo, conforme la Ley 50/90? ¿este derecho está prescrito?*

### **5.3 Tesis de la Sala**

La Sala de Decisión, considera que no es necesario pronunciarse sobre el reconocimiento de prestaciones sociales reclamadas, puesto que la entidad accionada profirió la Resolución 364 INT del 31 de diciembre de 2018, antes de perder competencia para ello, conforme lo establece el artículo 83 del CPACA; además, antes de la presentación de la demanda, el 6 de febrero de 2019.

Por otra parte, sí es procedente declarar la nulidad del acto administrativo ficto, solo en lo relacionado con la negativa al reconocimiento de la sanción moratoria, como quiera que sí está causada la sanción moratoria en este caso, ya que la ESE Rio Grande de la Magdalena del Municipio de Magangué no demostró el pago oportuno de las cesantías definitivas de la accionante, ni probó que esta estuviera afiliada al Fondo Nacional del Ahorro; además, la prescripción no operó pues la señora Alexandra Patricia Martínez Polo interrumpió dicho fenómeno con la presentación de la reclamación el 31 de octubre de 2016 y la presentación de la demanda el 6 de febrero de 2019.

Por último, es necesario exponer que, aunque se causó una sanción moratoria por la omisión en la consignación de las mismas al respectivo fondo el 15 de febrero de 2013 (Ley 50/90), este derecho está prescrito por no haberse reclamado en tiempo.

### **5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

#### **5.4.1 Del Servicio Social Obligatorio.**

El servicio social obligatorio se trata de una fuente de personal calificado e idóneo para incrementar la cobertura de la prestación del servicio de salud, sin que ello quiera decir que cuente con una forma especial o flexible de

13-001-23-33-000-2019-00080-00

vinculación a la Administración pública. En este sentido, quienes desempeñen un cargo bajo esta denominación cuentan con los mismos derechos salariales y prestacionales del personal vinculado a la entidad

Al respecto, recuérdese que el servicio social obligatorio en Colombia, para el campo de la medicina, surgió bajo el concepto de año de “*medicatura rural*” creado mediante Decreto 3842 de 1949, que exigió como requisito para legalizar el título de los egresados ese programa. Posteriormente, la Ley 50 del 7 de julio de 1981<sup>14</sup>, retomó la anterior disposición y estableció tal servicio, como una obligación impuesta a todas aquellas personas con formación tecnológica o profesional, de acuerdo con los niveles establecidos en el artículo 25 del Decreto - Ley 80 de 1980

La **Ley 1164 del 2007**, fue reglamentada, entre otras, por la Resolución 1058 del 2010 suscrita por el Ministro de Protección Social, la cual en su artículo 15, señaló:

*“(...) Las plazas del Servicio Social Obligatorio se proveerán mediante la vinculación de los profesionales a la institución a través de nombramiento o contrato de trabajo, o en su defecto, por medio de contrato de prestación de servicios, garantizando su afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral y una remuneración equivalente a la de cargos desempeñados por profesionales similares en la misma institución. Se deberán constituir pólizas para el aseguramiento de riesgos a que haya lugar (...)”.* (Lo resaltado en negrilla y subrayado es de la Sala).

Esta situación referida a la remuneración de quienes prestan el servicio social obligatorios fue claramente definida por el Consejo de Estado<sup>15</sup>, al señalar que *“(...) quienes desempeñen un cargo bajo esta denominación cuentan con los mismos derechos salariales y prestaciones del personal de planta de la entidad<sup>16</sup>. En consecuencia, no pueden estar vinculados bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios ni siquiera cuando se trate de Empresas*

<sup>14</sup> La Ley 50 de 1981, fue modificada por la Ley 1164 de 2007, 'por la cual se dictan disposiciones en materia del Talento Humano en Salud', publicada en el Diario Oficial No. 46.771 de 4 de octubre de 2007, la cual en el parágrafo 5° del artículo 33 establece:

“ARTÍCULO 33. DEL SERVICIO SOCIAL.

....

*“PARÁGRAFO 5o. El Servicio Social creado en la presente ley sustituye para todos los efectos del personal de la salud, al Servicio Social Obligatorio creado mediante la Ley 50 de 1981. No obstante, mientras se reglamenta la presente ley continuarán vigentes las normas que rigen el Servicio Social Obligatorio para los profesionales de la salud.”*

La reglamentación se produjo por parte del Ministerio de Protección Social a través de la Resolución 1058 de 23 de marzo de 2010, “por medio de la cual se reglamenta el Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud y se dictan otras disposiciones”, la cual fue publicada en el Diario Oficial No. 47.671 de 5 de abril de 2010.

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 25 de marzo del 2010. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Número interno 1131-09.

<sup>16</sup> CONSEJO DE ESTADO, sentencia del 16 de abril de 2009, No. Interno: 0694-07, C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

13-001-23-33-000-2019-00080-00

*Sociales del Estado, dado que la normatividad que regula la materia no consagra para el efecto ningún tipo de excepción (...)*”.

Se resalta, el Servicio Social Obligatorio está regulado por normas que salvaguardan los derechos de los profesionales que prestan esa labor, con lo que se garantiza un régimen salarial justo y retributivo, por lo que quienes desempeñan un cargo bajo esta denominación cuentan con los mismos derechos salariales y prestacionales del personal vinculado a la entidad, siempre y cuando se encuentren desempeñando las mismas funciones y bajo las mismas condiciones que el personal de planta y, en ningún caso, **su remuneración puede ser inferior a la de los cargos en planta de las instituciones en la cual prestan sus servicios.**

## 5.4 CASO CONCRETO

### 5.4.1 Hechos relevantes probados:

De acuerdo con el recurso, las pruebas relevantes para decidir la segunda instancia son las siguientes:

- Derecho de petición elevado el 31 de octubre de 2016, por medio del cual la señora Alexandra Patricia Martínez Polo solicita el reconocimiento y pago de la liquidación de sus prestaciones sociales, las cesantías y la sanción moratoria respectiva<sup>17</sup>.
- Resolución No. 2012-12-05-1 del 5 de diciembre de 2012, por medio de la cual la ESE del Municipio de Magangué nombra a la accionante en el cargo de odontóloga, en cumplimiento del servicio social obligatorio, por el término de 1 año, desde el 5 de diciembre de 2012 al 4 de diciembre de 2013<sup>18</sup>.
- Acta de posición de la accionante de fecha 5 de diciembre de 2012<sup>19</sup>
- Certificado de tiempo de servicio, de fecha 9 de diciembre de 2013, en el cual se hace constar que la señora Alexandra Patricia Martínez Polo laboró para la ESE Río Grande de la Magdalena, desde el 5 de diciembre de 2012 hasta el 4 de diciembre de 2013, en el cargo de odontóloga, con una asignación mensual de \$2.115.926<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Folio 11-14 cdno 1 (fl 6-9 Archivo 02)

<sup>18</sup> Folio 17 y 95 cdno 1 (fl. 13 archivo 02)

<sup>19</sup> Folio 18 y 96 cdno 1 (fl 14 archivo 02)

<sup>20</sup> Folio 80 cdno 1 (fl. 22 archivo 02 y fl 2 archivo 08)

13-001-23-33-000-2019-00080-00

- Resolución No. ALG 2013-12-04-001 del 4 de diciembre de 2013, por medio de la cual se legaliza el cumplimiento del término del servicio social obligatorio de la señora Alexandra Patricia Martínez Polo<sup>21</sup>.
- Certificado emitido por el Jefe Administrativo y Financiero de la ESE Rio Grande de la Magdalena, de fecha 20 de noviembre de 2019, en el cual se hace constar que a favor de la accionante existe una obligación por valor de \$9.468.697, por concepto de liquidación definitiva de prestaciones sociales<sup>22</sup>.
- Resolución No. 364 NIT del 31 de diciembre de 2018<sup>23</sup>, por medio de la cual se reconoce y ordena pagar las prestaciones sociales a un exfuncionario de la ESE Rio Grande de la Magdalena del Municipio de Magangué, señora la señora Alexandra Patricia Martínez Polo, por valor de \$9.468.697, así:

Asignación básica					\$2,115,926
PRESTACIONES SOCIALES LIQUIDADAS		TIEMPO LIQUIDADADO			
CONCEPTO	DESDE	HASTA	DIAS	DEVENGADO	
	05/12/2012	12/4/2013			
Bonificación por serv. Prést.			360		740,574
Prima de Servicio			360		1,088,820
Vacaciones			360		1,134,188
Prima de vacaciones			360		1,134,188
Prima de navidad			360		2,362,891
Cesantías			360		2,559,799
Intereses de Cesantías			360		307,176
Días de Recreación			360		141,062
<b>TOTAL APAGAR:</b>					<b>\$ 9,468,697.00</b>

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

En el presente asunto, se demanda la nulidad del acto administrativo ficto a través del cual se negó la solicitud de la accionante frente al reconocimiento y pago de la liquidación definitiva de las prestaciones sociales de la señora Alexandra Patricia Martínez Polo, así como el pago de sus cesantías definitivas y la sanción moratoria correspondiente por el retardo en la consignación de las mismas.

Ahora bien, en el proceso, la parte accionada planteó el hecho de que en el año 2018 la ESE Rio Grande de la Magdalena del Municipio de Magangué expidió la Resolución No. 364 NIT del 31 de diciembre de 2018<sup>24</sup>, en la cual accede al reconocimiento pretendido y ordena el pago de la suma de \$9.468.697; en virtud de lo anterior, propuso la excepción de indebida escogencia de la acción, pues a su juicio debió intentarse un proceso

<sup>21</sup> Folio 97 cdno 1 (fl. 24-26 archivo 02)

<sup>22</sup> Folio 79 cdno 1 (fl. 1 archivo 08)

<sup>23</sup> Folio 98-100 cdno 1 (fl. 21-23 archivo 08)

<sup>24</sup> Folio 98-100 cdno 1 (fl. 21-23 archivo 08)

13-001-23-33-000-2019-00080-00

ejecutivo para exigir el cumplimiento de la obligación o demandarse este acto administrativo, por nulidad y restablecimiento del derecho, en caso de no estar de acuerdo con la liquidación.

Sobre este aspecto, se pronunció el Despacho de conocimiento<sup>25</sup>, manifestando que, si bien la parte accionada había procedido a reconocer la liquidación de las prestaciones sociales de la demandante, antes de que se presentara la demanda ante lo contencioso administrativo, lo cierto era que en dicho acto nada se dijo frente al reconocimiento de la sanción moratoria, por lo que el acto ficto negativo subsistía en virtud a dicha omisión, pues, debía entenderse negada la petición en tal sentido, al no existir respuesta frente a la misma dentro del término de los 3 meses contados a partir de la presentación de la petición (que tuvo ocurrencia el 31 de octubre de 2016<sup>26</sup>), tal como lo exige el artículo 83 del CPACA.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, la norma citada también indica que la administración tiene la posibilidad de dar respuesta a la petición, aun cuando se cumplieran los términos para el silencio administrativo negativo, siempre y cuando el interesado no haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que, habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no se haya notificado auto admisorio de la demanda.

Así las cosas, en relación con el primer problema jurídico, la Sala de Decisión, considera que no es necesario pronunciarse sobre el reconocimiento de prestaciones sociales reclamadas, puesto que la entidad accionada profirió la Resolución 364 INT del 31 de diciembre de 2018, antes de perder competencia para ello, conforme lo establece el artículo 83 del CPACA; además, antes de la presentación de la demanda, el 6 de febrero de 2019. En ese orden de ideas, debe concluirse que desde el 16 de octubre de 2019<sup>27</sup> la ESE Rio Grande de la Magdalena del Municipio de Magangué, perdió competencia para pronunciarse respecto de la sanción moratoria pedida por la actora, por lo que este Tribunal procederá a pronunciarse respecto de este derecho.

No está de más mencionar, que en los alegatos de conclusión el apoderado de la parte actora destaca que a la fecha de la presentación de los mismos, la entidad no ha pagado los haberes reconocidos (y aporta copia de la resolución de reconocimiento), y a porta copia de la Resolución 230 del 1 de octubre de 2020, que modifica el reconocimiento realizado en el año 2018; lo

<sup>25</sup> Folio 121-122 cdno 1 (archivo 09)

<sup>26</sup> Folio 11-14 cdno 1 (fl 6-9 Archivo 02)

<sup>27</sup> Fecha en la que se notificó la demanda, ver folio 66 y 70 físico.

13-001-23-33-000-2019-00080-00

anterior indica, que no se tiene disconformidad con la liquidación de las prestaciones sociales realizada por la ESE Rio Grande de la Magdalena del Municipio de Magangué, en esa medida, para efecto de reclamar el pago mencionado, lo que debe hacer la parte interesada es acudir al Juez a través del proceso ejecutivo; pues, como ya se mencionó, este Tribunal solo es competente para definir el derecho que tiene la accionante a que se le reconozca la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

Frente a este asunto, es importante decir que, la accionante solicita que se le reconozcan dos sanciones moratorias: (i) una por la omisión en la consignación de las cesantías en el fondo de pensiones de la actora, el 15 de febrero de 2013, como lo ordena la Ley 344 de 1996; y la (ii) por la omisión en el pago de las cesantías definitivas con base en la Ley 244/95.

#### **5.5.2.1 De la sanción moratoria por pago tardío de cesantías definitivas conforme la Ley 244 de 1995.**

La cesantía es una prestación social, originada en una vinculación de tipo laboral, que beneficia no sólo al trabajador adscrito al sector privado sino también al vinculado al sector público, sea cual sea la modalidad bajo la cual se haya generado el vínculo y que se reconoce, de manera parcial cuando se dan los supuestos fácticos que originan el derecho a ella o en forma definitiva luego del retiro del servicio, siendo su oportuno pago, en ambos eventos, asunto de trascendencia constitucional.

En armonía con lo anterior, está establecido que el incumplimiento de los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías, parciales o definitivas, da lugar a la imposición de una sanción moratoria con sujeción a lo dispuesto especialmente en los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y 1º a 6º de la ley 1071 de 2006, que exponen lo siguiente:

Ley 244 de 1995, dispone que, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las cesantías definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la resolución de reconocimiento correspondiente. Por su parte, la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

En caso de mora en el pago de las cesantías 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

13-001-23-33-000-2019-00080-00

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 éste.

Por su parte, la Ley 1071 de 2006 expone que todos los funcionarios a los que les aplica la norma, pueden solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos: 1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente. 2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.

El retiro de las cesantías parciales o definitivas, debe ser resuelto por la entidad patronal, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales. De igual forma, la entidad pública pagadora cuenta con 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, para cancelar esta prestación social. En caso de mora en el pago de las cesantías, la entidad obligada deberá reconocer y cancelar, de sus propios recursos, 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.

De acuerdo con lo anterior, le corresponde a este Tribunal determinar si hay o no lugar a declaratoria de nulidad del acto ficto por medio del cual la Empresa Social del Estado Rio Grande de la Magdalena del Municipio de Magangué negó le reconocimiento y pago de la sanción moratoria a la accionante.

En el asunto de marras, está demostrado que la señora Alexandra Patricia Martínez Polo, se vinculó a la ESE Rio Grande de la Magdalena del Municipio de Magangué, mediante No. 2012-12-05-1 del 5 de diciembre de 2012<sup>28</sup>, en el cargo de Odontóloga, por el término de 1 año, desde el 5 de diciembre de 2012 hasta el 4 de diciembre de 2013, en cumplimiento del servicio social obligatorio. Del cargo anterior la interesada tomó posesión en la misma fecha<sup>29</sup>.

Que, a partir del cese de su vinculación (**4 de diciembre de 2013**), se creó en cabeza de la administración la obligación de reconocerle la liquidación de

<sup>28</sup> Folio 95 cdno 1 (fl. 13 archivo 02)

<sup>29</sup> Folio 96 cdno 1 (fl. 14 archivo 02)

13-001-23-33-000-2019-00080-00

sus prestaciones sociales definitivas, sin embargo, dicho ente no lo hizo, por lo que la accionante presentó, el **31 de octubre de 2016**, un derecho de petición solicitando el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales (entre ellas las cesantías) y la sanción moratoria<sup>30</sup>.

Mediante Resolución No. 364 NIT del 31 de diciembre de 2018<sup>31</sup>, la entidad demandada reconoció a la demandante sus prestaciones sociales, entre ellas las cesantías por valor de \$2.559.799; y, aunque en la contestación de la demanda se afirma que en el acto administrativo se dio orden de pago (cuestión que se verifica en la resolución), lo cierto es que en el proceso no se demostró que tales obligaciones hayan sido efectivamente canceladas a la interesada.

Por otro lado, no puede perderse de vista también, que, si bien la ESE encartado afirma que la demandante se encontraba vinculada al Fondo Nacional del Ahorro, y por ello no tiene derecho a la sanción moratoria, tal circunstancia no fue probada en proceso, por lo que no puede ser tenida en cuenta.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que el artículo 167 del CGP impone a las partes la obligación de probar los supuestos de hecho que alegan en su favor, por lo que esta carga probatoria debe ser asumida por cada uno de los interesados en el proceso so pena de que no se acojan sus argumentos de defensa. En esta oportunidad le correspondía a la ESE Rio Grande de la Magdalena del Municipio de Magangué, pues, no solo basta con dar la orden de pago de las acreencias laborales, sino demostrar que efectivamente esto se hizo.

De acuerdo con lo expuesto, procederá la Sala a determinar desde cuando empezó a correr el término de la sanción moratoria de la demandada, mediante el siguiente análisis:

<b>Primera Etapa</b>	
La accionante dejó de prestar sus servicios a la ESE Rio Grande de la Magdalena del Municipio de Magangué	<b>04 de diciembre de 2013</b>
Expedición del acto administrativo (15 días)	<b>26 de diciembre de 2013</b> (realmente lo hizo el 31 de diciembre de 2018)
Ejecutoria del acto administrativo (10 días) CPACA	<b>13 de enero de 2014</b>
<b>Segunda Etapa</b>	
Pago de la obligación (45 días)	<b>17 de marzo de 2014</b>

<sup>30</sup> Folio 11-14 cdno 1 (fl. 6-9 Archivo 02)

<sup>31</sup> Folio 98-100 cdno 1 (fl. 21-23 archivo 08)

Como vemos, el plazo para efectuar el pago de las cesantías definitivas de la accionante feneció el **17 de marzo de 2014**, sin embargo, a la fecha de esta providencia el mismo no se ha llevado a cabo, como quiera que en el proceso no se aportó constancia de ello.

En ese orden de ideas, la entidad demandada, ESE Rio Grande de la Magdalena del Municipio de Magangué, en su calidad de pagadora de la cesantía reclamada, incurrió en una mora por el no pago oportuno de las cesantías a la accionante, en razón de 1 día de salario por cada día de retardo, desde el 18 de marzo de 2014, hasta la fecha en la que efectivamente se verifique el pago de las cesantías definitivas a la señora Alexandra Patricia Martínez Polo.

El pago anterior se hará de manera actualizada, puesto que, no se puede indexar el periodo en que se causó la sanción, pero debe aplicarse el inciso final del artículo 187 de la Ley 1437 de 201121 bajo la siguiente formula aplicada por el Consejo de Estado:

$$R = \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

La anterior interpretación se hace acorde a la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, Bogotá, D.C., del diecisiete (17) de octubre de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00803-01(3129-15):

*Por último, y en torno a la solicitud del demandante, frente al reconocimiento de la indexación, la Sala se remitirá a lo definido sobre ese particular en reciente pronunciamiento de la Subsección<sup>32</sup>:*

*Por consiguiente, en razón a que la indemnización moratoria constituye una penalidad ante el incumplimiento de los plazos previstos en la ley para el reconocimiento y pago de las cesantías, en consecuencia, no está sujeta a una indexación monetaria. [...]*

*Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida un valor total, ese valor total sí es objeto de ajuste de valor, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia [...] y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses [...]*

Prescripción: Procede este Tribunal, a realizar el análisis del fenómeno de la prescripción en el caso bajo estudio, toda vez que se observa que entre la fecha en la que se hizo exigible la sanción moratoria y la fecha en la que se elevó la reclamación respectiva, transcurrió un tiempo considerable.

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001 23 33 000 2016 00406 01, número interno: 1728 -2018, M.P. William Hernández Gómez.

13-001-23-33-000-2019-00080-00

El Consejo de Estado, en sentencia del 25 de agosto de 2016, precisó que, la sanción moratoria, por tratarse de una penalidad, no puede ser imprescriptible y, por lo tanto, está sujeta al término consagrado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, de manera que, pasados 3 años, desde el vencimiento del plazo para la consignación oportuna, sin que el trabajador reclame el pago de la sanción, se extingue el derecho a recibirla.

En efecto se tiene que el término previsto por la ley para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas a la señora Alexandra Patricia Martínez Polo, venció el 17 de marzo de 2014, por lo tanto, la accionante contaba hasta el 17 de marzo de 2017 para reclamar la sanción moratoria.

Al respecto, advierte la Sala que la demandante, efectivamente, solicitó el reconocimiento de la sanción, mediante un derecho de petición enviado el 31 de octubre de 2016<sup>33</sup>, por lo que debe concluirse que el término de prescripción fue interrumpido por 3 años más, dentro de los cuales debía presentarse la demanda. Por último, se tiene que la demanda fue presentada el 6 de febrero de 2019, es decir, en tiempo, por lo que no se declarará la prescripción alegada.

#### **5.5.2.2 De la sanción moratoria por falta de consignación de las cesantías al fondo conforme la Ley 344 de 1996.**

El sistema de liquidación anualizada del auxilio de cesantías es aplicable a los servidores públicos del orden territorial a partir la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, norma que fue reglamentada por el Decreto 1582 de 1998.

El artículo 13 de la Ley 344 de 1996 estableció el nuevo régimen de cesantías anualizado y el sistema a aplicar para las personas vinculadas con el Estado. Por su parte, el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 fue el que trajo consigo la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable para los servidores públicos vinculados a las entidades del orden territorial a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto (10 de agosto de 1998).

El artículo 13 de la Ley 344 de 1996 tiene el siguiente contenido literal:

*“Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:*

*a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral; (...).”*

<sup>33</sup> Folio 11-14 cdno 1 (fl 6-9 Archivo 02)

13-001-23-33-000-2019-00080-00

Por su parte el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, dispone:

*"El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial 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 5º y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998 (...)"*

A su turno, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que:

**ARTÍCULO 99.-** . El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, **sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.**

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

**3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija.** El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

**4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.**

En este orden, como características de este régimen, además de contemplar que a 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, se ordenó que dicho valor se consigne antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija.

Por otro lado, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 previó como sanción moratoria un día de salario por cada día de retardo, cuando el empleador **no consigne la cesantía definitiva por la anualidad o fracción correspondiente** antes del 15 de febrero del año siguiente en el fondo que el trabajador eligió; y, el numeral 4º establece que, cuando termine la relación laboral, si existen saldos de cesantías sin consignar al fondo, estos se entregaran directamente al trabajador.

El Consejo de Estado, en la sentencia proferida el 21 de mayo de 2009, dentro del proceso radicado con el No. 2070-2007, indicó en que consistía la diferencia entre la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, en los

13-001-23-33-000-2019-00080-00

siguientes términos: “...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 consigna oportunamente la cesantía que adeuda, deberá cancelar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 1995”.

De acuerdo con lo anterior se puede concluir que, en este caso en concreto, se tiene que la señora Alexandra Martínez se vinculó a la ESE demandada el 5 de diciembre de 2012, esto quiere decir que, la ESE Rio Grande de la Magdalena del Municipio de Magangué debía cancelar el 14 de febrero de 2013, las cesantías causadas hasta el 31 de diciembre de 2012; el hecho de no hacerlo, automáticamente genera el derecho a reclamar una sanción moratoria equivalente a 1 día de salario por cada día de retraso.

Ahora bien, el Consejo de Estado también ha sido claro en exponer, que este derecho debe ser reclamado dentro de los 3 años siguientes a la exigibilidad de la obligación, la cual tiene ocurrencia una vez se vence el plazo para consignarlas al respectivo fondo.

De acuerdo con lo anterior, encuentra esta Judicatura que, la obligación del empleador de consignar las cesantías causadas hasta el 31 de diciembre del año 2012, en el respectivo fondo, venció el 14 de febrero de 2013; así las cosas, la sanción moratoria se hizo exigible a partir del 15 de febrero del año mencionado, y prescribían 3 años después, es decir, el 15 de febrero de 2016. Sin embargo, en esta oportunidad advierte este Tribunal que la petición en la que exigió esta sanción moratoria se presentó el 31 de octubre de 2016, es decir, por fuera del plazo estipulado para ello; por lo que debe concluirse que en esta oportunidad existe prescripción de los derechos reclamados.

En cuanto a la consignación de las cesantías causadas en el año 2013, es preciso exponer que, en virtud del inciso 4 del artículo 99 de la Ley 50/90, la ESE demandada no tenía la obligación de consignar las mismas a ningún fondo, como quiera que la relación laboral había finalizado desde antes del 31 de diciembre de 2013, por lo que dichos emolumentos solo debían ser entregados al trabajador, pretensión que fue resuelta en el acápite anterior.

Conforme con lo expuesto, encuentra esta judicatura que no es procedente acceder a la pretensión en comento, por lo que la misma será denegada.



### **5.6.- De la condena en costa.**

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, en todo caso, si se accede parcialmente a las pretensiones de la demanda, el Juez puede abstenerse de imponer costas.

Con base en las anteriores normas, se esta Corporación, considera que no deben imponerse costas en este asunto, como quiera que las pretensiones de la parte actora fueron parcialmente favorables a ella, pues se declaró la prescripción de la sanción moratoria originada en la Ley 50/90, como lo solicitó la entidad accionada.

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: DECLARAR** la nulidad del acto administrativo contenido en el acto ficto generado a partir de la ausencia de respuesta a la petición presentada el 31 de octubre de 2016, mediante el cual la ESE Rio Grande de la Magdalena del Municipio de Magangué negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas a la señora Alexandra Patricia Martínez Polo.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, y título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNESE** a la ESE Rio Grande de la Magdalena del Municipio de Magangué, que reconozca y pague a la demandante, señora Alexandra Patricia Martínez Polo, la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas a que tenía derecho, desde 18 de marzo de 2014 y hasta que se efectuó el pago de las cesantías correspondientes. Para ello, debe tenerse en cuenta el último salario básico percibido por la actora.

**TERCERO:** La suma anterior deberá ser pagada conforme al inciso final del art. 187 del C.P.A.C.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia

13-001-23-33-000-2019-00080-00

**CUARTO: DECLARAR** que, en el presente caso no ha operado el fenómeno de la prescripción extintiva de derechos sobre la sanción moratoria de las cesantías definitivas.

**QUINTO: DECLARAR** que ha operado la prescripción de la sanción moratoria generada a partir de la no consignación de las cesantías causadas en el año 2012, en el fondo respectivo (Ley 50/90).

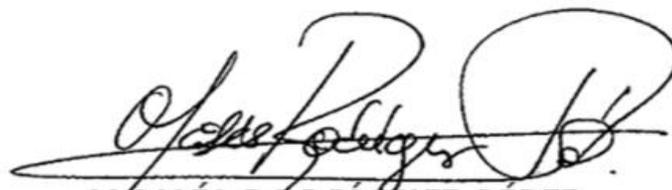
**SEXTO: ABSTENERSE CONDENAR** en costas conforme con lo expuesto en este proveído.

**SÉPTIMO:** La presente providencia se cumplirá en los términos previstos en los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 21 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ