

República de Colombia
Rama Judicial



Distrito Judicial Administrativo de Sucre
Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo

Sincelejo, dieciocho (18) de junio de dos mil trece (2013)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación No: 70-001-33-31-006-2012-00031-00
Demandante: Domingo Sael Agresot Mendoza
Demandada: Aguas del Gofo S.A. E.S.P.

Tema: Reconocimiento y pago de salario, prestaciones sociales y sanciones por la no consignación oportuna de cesantías y de salario y prestaciones sociales, a exgerente de la entidad demandada.

Presentes los presupuestos procesales para dictar sentencia, verificado que no se configuró causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal, y que se realizaron las etapas del proceso necesarias para decidir el litigio, se procede a dictar sentencia de primera instancia.

1. ANTECEDENTES.

1.1. La demanda (fls. 1-11, 65-73).

1.1.1. Partes.

Demandante: Domingo Sael Agresot Mendoza, identificado con la C.C. No. 15.618.794 y portador de la tarjeta profesional de abogado No. 182.562 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, quien actuó en nombre propio (fl. 11).

Demandada: Aguas del Golfo S.A. E.S.P., quien actuó a través de su representante legal y apoderado judicial (fls. 12-18, 91).

1.1.2. Pretensiones (fl. 67-68).

Que se declare nulo el acto administrativo ficto producto del silencio administrativo negativo, que se configuró porque la entidad demandada no contestó la petición que el accionante le presentó el 16 de agosto de 2011.

Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada, al pago actualizado y a favor del demandante de lo siguiente:

- El salario de los meses de abril, mayo y 9 días del mes de junio de 2011, es decir, la suma de \$ 6.982.278.
- Auxilio de cesantías correspondiente al año 2010, en cuantía de \$3.735.930.
- Auxilio de cesantías correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero al 9 de junio de 2011, en cuantía de \$1.584.267.
- Intereses de cesantías correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de enero al 9 de junio de 2011, en cuantía de \$190.112.
- Vacaciones correspondientes al periodo comprendido entre el 6 de marzo de 2010 y el 9 de junio de 2011, en cuantía de \$2.615.369.
- Prima de vacaciones correspondiente al periodo comprendido entre el 6 de marzo de 2010 y el 9 de junio de 2011, en cuantía de \$1.168.121.
- Prima de navidad correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de enero al 9 de junio de 2011, en cantidad de \$1.378.917.
- Bonificación por recreación correspondiente al periodo comprendido entre el 6 de marzo de 2010 y el 9 de junio de 2011, en cuantía de \$242.819.

Que se condene a título de restablecimiento del derecho a la entidad demandada, al pago actualizado y a favor del demandante de las siguientes sanciones:

- Sanción moratoria contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable según la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, a razón de un día de salario por cada día de atraso en el cumplimiento de tal obligación, desde el 15 de febrero de 2011 hasta el 12 de agosto de 2011, en cuantía de \$17.040.144.

- Sanción a razón de un día de salario por cada día de atraso en el pago de las prestaciones sociales, contados a partir del 21 de octubre de 2011, hasta el día en que se haga efectivo el pago, en cuantía a \$25.415.808.

Se condene a la entidad demandada ultra y extra petita.

Se condene a la entidad demandada al pago de gastos del proceso y agencias en derecho.

1.1.3. Hechos (fls. 65-67).

De conformidad con el acta de posesión No. 001 del 6 de marzo de 2007, el demandante se vinculó laboralmente con la empresa Aguas del Golfo S.A. E.S.P. para desempeñar el cargo de Gerente de la misma, por un período de 4 años, los cuales vencieron el 5 de marzo de 2011, ostentando la calidad de empleado público.

Por disposición de la Junta Directiva, se le prorrogó al demandante el término inicial de su período hasta el 3 de mayo de 2011, fecha en la que se realizarían nuevas elecciones para el cargo de Gerente de la empresa.

El día 3 de mayo de 2011, eligieron nuevamente al demandante como Gerente de la empresa Aguas del Golfo S.A. E.S.P., para un periodo de cuatro (4) años, sin embargo el día 10 de junio del mismo año, la Junta Directiva le concedió al accionante licencia no remunerada por el término de dos (2) meses.

El 8 de agosto de 2011 el demandante presentó la renuncia del cargo de Gerente de la empresa. La renuncia le fue aceptada el día 12 de agosto del mismo año y mes.

A la fecha de la desvinculación definitiva del demandante de la empresa Aguas del golfo S.A. E.S.P. esta le adeuda el salario de los meses de abril, mayo y 10 días del mes de junio, la vacaciones, prima de vacaciones,

bonificación especial por recreación, correspondiente al periodo comprendido entre el 6 de marzo de 2010 y el 9 de junio de 2011, y demás prestaciones correspondiente al año 2011 tales como prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses de cesantías, y demás determinadas por la ley.

El último salario devengado por el demandante fue de \$2.888.160 distribuidos así: \$2.553.160 por concepto de sueldo básico y \$335.000 por concepto de gastos de representación.

Por motivos de insolvencia financiera la empresa no consignó al fondo respectivo el auxilio de cesantías correspondiente al año 2010 y que debió consignarle a mas tardar el 14 de febrero de 2011, para el año 2010 devengaba un salario de \$2.789.962 distribuidos así: \$2.454.962 por concepto de salario básico y \$335.000 por concepto de gastos de representación.

El 16 de agosto el demandante radicó en las oficinas de la empresa de Aguas del Golfo S.A. E.S.P. la solicitud de liquidación y cancelación de sus prestaciones sociales y salarios vencidos.

En razón a la no consignación del auxilio de cesantías de que trata el hecho sexto, solicitó además el pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990.

A la fecha, la empresa Aguas del Golfo S.A. E.S.P., no le ha contestado al demandante su petición, dando origen a un acto ficto o presunto, contentivo de una respuesta negativa a todas y cada unas de las pretensiones del demandante, fruto del silencio administrativo negativo.

1.1.4. Normas violadas y concepto de la violación (fls. 68-71).

El demandante manifestó que de conformidad con el Decreto 1919 de 2002, para la liquidación de sus prestaciones sociales le es aplicable a él el

régimen previsto en el Decreto 1045 de 1978 y por ello tiene derecho al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones sociales:

- Vacaciones: Por lo contemplado en el artículo 8 del Decreto 1045/78. todo empleado público gozará de un periodo de 15 días hábiles por cada año de servicios prestados y proporcionales por fracción del mismo, y si el trabajador se le desvincula sin disfrutarlas, tiene derecho a su compensación en dinero, con fundamento en el art. 20 literal b) ídem, el Decreto 404 de 2006 y la Ley 995 de 2005. Por lo tanto al demandante se le debe compensar en dinero el disfrute de las vacaciones correspondientes al período trabajado desde el 6 de marzo de 2010 al 9 de junio de 2011, día en que se retiró del servicio.
- Prima de vacaciones: por disposición de los artículos 24 y 25 del D. 1045/78 el demandante tiene derecho a 15 días de salario por cada año de servicio y proporcional a fracción del mismo, que se liquidarán con los factores previstos en el art. 17 ídem.
- Prima de navidad: Esta surge como un derecho propio de los trabajadores y empleados públicos, que de acuerdo con el artículo 32 del D. 1045/78 corresponde a un mes de salario por cada año de labores, o cuando no se labore el año completo, se calculará en razón a una doceava parte del salario por cada mes laborado. Para el caso concreto, el demandante manifestó que la entidad demandada le adeuda por este concepto la porción de la prima correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 9 de junio de 2011.
- Auxilio de cesantías: al respecto dijo que, el artículo 40 D. 1045/75 hace una remisión normativa en cuanto a la prestación del auxilio de cesantías, sin embargo, en su artículo 45 dejó claro la base de liquidación y los factores salariales aplicables. Atendiendo a esa remisión se debe acudir a la Ley 344 de 1996, que con la expedición del Decreto 1582 de 1998, adopta para el campo del derecho público las normas que sobre el tema había desarrollado la Ley 50 de 1990, la cual en su artículo 99 de manera clara establece el régimen anualizado de estas, es decir

las cesantías serán liquidadas en diciembre de cada año y consignadas mas tardar el 14 de febrero del año siguiente, pero el mismo artículo en su numeral 4 establece que si al termino de la relación laboral existiere saldo a favor del trabajador este será entregado directamente por el empleador al trabajador.

- En cuanto a la bonificación especial por recreación pedida por el demandante, él manifestó que a pesar de que en el Decreto 4150 de 2006 se le dio una connotación de salario, ella es una verdadera prestación social, la cual de conformidad con el Decreto 1919 de 2002, se pagará en proporción a dos días de salario por cada periodos de vacaciones causadas. Dijo, que de conformidad con el Decreto 404 de 2006, en caso de existir desvinculación laboral sin que se causen las vacaciones, la bonificación especial por recreación se liquidara y pagará de manera proporcional. Preciso, que su pago se le debió hacer en los términos de la Ley 244 de 1995.
- Por último, fundamentó las pretensiones de sanción moratoria por el no pago de sus cesantías en las Leyes 244 de 1995, 1071 de 2006, 50 de 1990, 344 de 1996 y en el Decreto 1582 de 1998, dado que la entidad demanda incumplió con la obligación de consignarlas en el término estipulado por estas normas.

1.2. Actuaciones procesales principales.

- La demanda fue presentada el 6 de agosto de 2012 (*fl. 11*).
- La demanda fue inadmitida el 19 de septiembre de 2012 (*fls. 58-63*)
- El 4 de octubre de 2012 el demandante subsanó la demanda (*fls. 64-73*).
- El 5 de octubre de 2012, se admitió la demanda (*fls. 74-75*).
- El 21 de noviembre de 2012, se notificó de la admisión personalmente al representante del Ministerio Público (*fl. 75*).
- El 22 de noviembre de 2012 se notificó personalmente de la admisión de la demanda a la entidad demanda y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (*fls. 80-83*).

- El 30 de abril de 2013, se celebró la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011. En ella se prescindió de la etapa de pruebas (fl. 140-144).
- El 22 de mayo de 2013 se llevó a cabo la audiencia de alegaciones y juzgamiento; en ella se ordenó prueba de oficio (fls. 145-148).

1.3. Contestación de la demanda (fls. 86-90).

La parte demandada aceptó que el demandante se desempeñó como Gerente de la entidad demandada en febrero de 2011, y que no se le pagaron sus prestaciones sociales y cesantías por la insolvencia financiera de la empresa.

Argumentó, que las normas en las que el demandante sustenta su petición no le son aplicables a la entidad demandada, ya que ésta es una sociedad por acciones luego se rige en todos sus actos por el derecho privado, por ello, el demandante no tiene derecho a las prestaciones sociales reclamadas.

Afirmó, que sólo le son aplicables las normas que regulan la vinculación de particulares con entidades públicas, cuando la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios no desea que su participación sea representada en acciones, y se constituye en empresa industrial y comercial del Estado.

Manifestó, que la sanción moratoria no debe prosperar, por cuanto el no pago de las prestaciones sociales y de las cesantías, no obedeció a una conducta dolosa por parte de la demandada, sino a la crisis financiera por la que viene atravesando la empresa, y que el actor, quien era el ordenador del gasto en febrero 15 de 2011, conoció tal hecho como lo expresó en la demanda.

1.4. Alegatos de conclusión.

1.4.1. De la parte demandante.

Expresó, que en términos generales las prestaciones sociales reclamadas, ofrecen mínima discusión, pues en la demanda están plenamente identificadas y la demanda en su contestación no se opuso a ellas, ni objetó el tiempo que prestó sus servicios a la entidad del 6 de marzo de 2007 al 9 de junio de 2011, como empleado público, ya que la naturaleza jurídica de la entidad demandada es oficial, a la luz del artículo 68 de la Ley 489, concordante con el artículo 14 num. 4.5. de la Ley 142 de 1994.

Precisó, que por lo anterior, la entidad demandada tiene dos modalidades de vinculación laboral, la de los trabajadores oficiales y la de los empleados públicos. Este es el status reservado para los trabajadores de dirección y confianza, tal como lo es el cargo del gerente, mas aún cuando así lo establecen los estatutos internos de la entidad demandada.

Es decir, sostuvo, no cabe duda que la demandada es una empresa de servicios públicos de carácter oficial, que el cargo de gerente es de dirección y confianza, que la vinculación del demandante se hizo mediante acto de nombramiento y de posesión, que tales circunstancias le dan al demandante la calidad de empleado público, por ello el régimen aplicable es el contenido en el Decreto 1045 y demás normas señaladas en la demanda.

Manifestó, que él tiene derecho al pago de las cesantías por el tiempo laborado en el año 2011, y que como está probado que no se las cancelaron, de conformidad con la Ley 244 tiene derecho al pago de la sanción moratoria establecida en dicha ley.

También dijo que, la dificultad financiera que se expuso en la demanda como causa par no cancelar las cesantías correspondientes al año 2010, fue un planteamiento puntual sobre un momento histórico y relevante únicamente para este evento, pero nada tiene que ver con la situación financiera que la empresa tenía en el momento en que se le debieron cancelar sus cesantías definitivas debidas al término de la relación laboral, pues los documentos aportado por la entidad demandada con la contestación de la demanda y que pretende demostrar tal crisis, no son prueba alguna de tal situación, pues ella no puede demostrarse con unos

estados financieros correspondientes al simple mes de diciembre, que no contienen la firma del contador, y de otro lado con un balance que no está firmado por nadie y que supuestamente corresponde al mes 8 de 2012, de todos modos si resultara cierto que la empresa demandada está atravesando por una crisis financiera, esa situación no la exime de cumplir con su obligación de pagarle al demandante sus prestaciones sociales, menos cuando este se ha convertido en el argumento para evadir dicho pago.

1.4.2. De la parte demandada.

No alegó de conclusión.

1.5. Concepto del Ministerio Público.

El Agente del Ministerio Público ante el juzgado no conceptuó en esta instancia.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. Se debate en el presente proceso la legalidad del acto administrativo ficto negativo producto de la no contestación de la petición presentada por el demandante el 16 de agosto de 2011 (fl. 46), que le negó el pago de prestaciones sociales y sueldos, así como la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías correspondientes al período laborado el año 2010, y por el no pago oportuno de prestaciones sociales a la terminación del vínculo laboral.

Para el demandante ese acto administrativo está viciado de ilegalidad, pues él por ser el Gerente de la empresa Aguas del Golfo S.A. E.S.P., tuvo la calidad de empleado público, ya que la demandada es una entidad oficial atendiendo a que todos sus accionistas son entidades públicas.

Para la parte demandada, por el contrario, al acto administrativo no está viciado de ilegalidad, pues las normas en las que el demandante sustenta

su petición no le son aplicables a la entidad demandada, ya que ésta es una sociedad por acciones luego se rige en todos sus actos por el derecho privado, por ello, el demandante no tiene derecho a las prestaciones sociales reclamadas.

En cuanto al hecho del no pago de las prestaciones sociales, motivo por el cual el actor solicita la sanción moratoria, dijo que se debe tener en cuenta que para que pueda ser sancionada la empresa, debe acreditarse que el no pago obedece a una conducta dolosa por parte del demandado, pero en el presente caso, la no cancelación de las prestaciones la originó la crisis financiera por la que viene atravesando la empresa demandada, lo que el demandante conoció porque fue el Gerente para la época y ello lo aceptó en la demanda.

2.2. Análisis probatorio.

Analizadas individualmente y en conjunto las pruebas que están en el expediente, se presentan las siguientes conclusiones probatorias relevantes para decidir el litigio.

La empresa Aguas del Golfo S.A. E.S.P. está conformada con un capital accionario 100 % público (fls. 12-18, 19-37, 152-155), ya que sus accionistas son el Municipio de Coveñas, el Instituto Municipal de Deportes y Recreación de Coveñas “INDERCOV” y la Empresa Social del Estado Centro de Salud del Municipio de Coveñas. Es decir, todas entidades públicas por disposición de lo establecido en el artículo 311, 300-6 de la Constitución Política, artículo 194 de la Ley 100 de 1993¹ y 69 de la Ley 181 de 1995², en concordancia con el numeral 6 del artículo 313 de la Constitución Política.

El cargo de Gerente de Aguas del Golfo S.A. es un cargo de Dirección (fl. 16, 26, 29). Así se estableció en la Cláusula Vigésima Séptima de la

¹ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

² “Por la cual se dictan disposiciones para el fomento del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la Educación Física y se crea el Sistema Nacional del Deporte”

Escritura Pública No. 98 del 2 de marzo de 2007 de la Notaría Única de Tolú, por la cual se constituyó la empresa Aguas del Golfo S.A. E.S.P.

El demandante laboró como Gerente de Aguas del Golfo S.A. E.S.P. desde el 6 de marzo de 2007 hasta el 9 de junio de 2011 (fls. 42, 44).

En el año 2011 el demandante devengó un salario básico mensual de \$2.553.160 mas gastos de representación por valor de \$335.000 (fl. 44). En el año 2010 el demandante devengó un salario básico de \$2.454.962 más gastos de representación por \$335.000. (fls. 45).

Los años 2010 y 2011 el demandante estuvo afiliado al Fondo Nacional del Ahorro (fl. 52).

El demandante afirmó, que la entidad demandada no le ha pagado el salario de los meses de abril, mayo y 9 días de junio de 2011; así como las demás prestaciones sociales que indicó en la demanda. Esto es una negación indefinida (art. 177 del C.P.C.)³, por lo cual la carga de la prueba del hecho contrario le correspondía a la parte demandada, que no aportó la prueba de su pago.

2.3. Así las cosas, deviene como derecho irrefutable, el que tiene el demandante a que la entidad demandada le cancele el salario correspondiente a los meses de abril, mayo y 9 días de junio de 2011, que todavía se los debe, ya que eso es un derecho laboral mínimo e irrenunciable por mandato constitucional (art. 53 C.P.), independientemente del régimen laboral privado o público que haya regido la relación laboral que existió entre el demandante y la entidad demandada.

2.4. De modo que, el verdadero litigio está en el reconocimiento y pago de los demás derechos y emolumentos pretendidos en la demanda, por lo cual teniendo en cuenta las tesis de las partes y lo demostrado en el expediente se plantean como problema jurídico principal ¿El

³ Aplicable dado que se dan los supuestos para ello de conformidad con lo dispuesto en el 211 de la Ley 1437 de 2011.

demandante tiene derecho a que se le reconozcan y paguen los derechos laborales y emolumentos pretendidos en la demanda?

Para responder dicho interrogante y resolver el litigio, primero se responderán los siguientes problemas jurídicos asociados al anterior:

¿Cuál es el régimen laboral de los trabajadores de las empresas de servicios públicos cuando su capital accionario es 100% público?

¿A qué prestaciones sociales tiene derecho el demandante por su vinculación laboral al cargo de Gerente de la empresa oficial de servicios públicos domiciliarios Aguas del Golfo S.A. E.S.P.?

¿Tiene derecho el demandante a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías y a los intereses de cesantías, no obstante su afiliación al Fondo Nacional del Ahorro?

¿Se causó a su favor la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por el no pago de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del vínculo laboral?

2.5. Régimen laboral de los trabajadores de las empresas de servicios públicos domiciliarios, cuando su capital accionario es 100% público.

Las empresas de servicios públicos domiciliarios son sociedades por acciones, cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata la Ley 142 de 1994 “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”; no obstante, cuando sus propietarios no desean que su capital esté representado por acciones, deberán adoptar la forma de empresas industriales y comerciales del Estado. Así lo establece el artículo 17 parágrafo 1 de dicha ley:

“Artículo 17. Naturaleza. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.

Parágrafo 1o. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital

esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.

Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta Ley. La Superintendencia de Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta Ley.

Parágrafo 2o. Las empresas oficiales de servicios públicos deberán, al finalizar el ejercicio fiscal, constituir reservas para rehabilitación, expansión y reposición de los sistemas.”

De otra parte, dichas empresas, según sea la naturaleza –pública o privada- de su capital, pueden ser privadas, mixtas y oficiales.

Son oficiales, según lo establecido en el numeral 5 del artículo 14 de la misma ley, aquellas en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

Pues bien, bajo el título de Régimen Laboral, la Ley 142 de 1994 estableció en su artículo 41 lo siguiente:

“Artículo 41. Aplicación del Código Sustantivo del Trabajo. Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta ley. Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta ley se acojan a lo establecido en el parágrafo del artículo 17, se regirán por las normas establecidas en el (inciso primero del)⁴ artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968”.

⁴ Lo anotado entre paréntesis fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-215 de 1996.

La norma reguló claramente el régimen laboral de los trabajadores de las empresas de servicios públicos domiciliarios privadas y mixtas, así como de las empresas de servicios públicos que con fundamento en lo establecido en el parágrafo 1º del artículo 17 de la Ley 142 de 1994 decidan que su capital no esté representado en acciones.

La norma no contempló el régimen laboral de los trabajadores vinculados a las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios cuyo capital está representado en acciones, es decir, aquellas que no se han acogido al parágrafo 1 del artículo 17 de la Ley 142 de 1994, por tanto su capital 100% oficial está representado en acciones.

La Ley 142 de 1994 no le da respuesta a ese vacío, que a juicio del juzgado se debe resolver considerando lo dispuesto en el artículo 38 numeral 2, literal d) de la Ley 489 de 1998, y lo establecido para las empresas de servicios públicos domiciliarios que se acogen al parágrafo 1 de su artículo 17, para las cuales el régimen laboral es el establecido en el inciso 2º del artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, según el cual:

“Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.”

En efecto, a la anterior conclusión se llegó tomando como criterio auxiliar de la actividad interpretativa los argumentos que expuso el H. Consejo de Estado en la sentencia del 26 de enero de 2012, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B, Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. No. 47001-23-31-000-2000-00966-

01(0514-09), actor: Ricardo Armando Ortega Iguarán, Demandada: Empresa de Telecomunicaciones de Santa Marta “TELESANTAMARTA” S.A. E.S.P., en el que se analizó un caso similar, no igual, al que es objeto de decisión. Los siguientes fueron algunos de los argumentos que se expusieron en esa providencia:

“Este Decreto Ley 3135 de 1968 “por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales” dispone en su artículo 5º:

“(…) Empleados públicos y trabajadores oficiales. Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.” (Se subraya).

Acorde con la anterior transcripción normativa y como la Ley 142 de 1994 no precisó el régimen jurídico de las empresas oficiales de servicios públicos, debe acudirse a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 que considera como parte integrante de la rama ejecutiva del poder público, al sector descentralizado por servicios dentro del cual se incorpora entre otras, a las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios.

En este orden y atendiendo lo previsto en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 las empresas oficiales de servicios públicos son entidades descentralizadas del orden nacional, sujetas a las reglas señaladas en: i) la Constitución Política, ii) la Ley 489 de 1998, iii) en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica, y iiiii) en sus estatutos internos.

Consecuente con lo anterior si la entidad prestadora de los servicios públicos domiciliarios se constituye en una sociedad por acciones que como lo dispone la Ley 489 de 1998 hace parte del sector descentralizado por servicios, no existe claridad frente al régimen aplicable y por ello se debe acudir a la regla general contenida en el Decreto – Ley 3135 de 1968 que establece que los trabajadores del Estado son trabajadores oficiales dentro de los cuales se encuentran los empleados oficiales y los empleados

públicos. Aquellos, los trabajadores oficiales, cumplen funciones de mantenimiento y sostenimiento de obra pública y son vinculados a la administración mediante un contrato de trabajo, y éstos, es decir, los empleados públicos desempeñan funciones distintas a las de sostenimiento y mantenimiento de obra y se vinculan a través de una relación legal o reglamentaria.

En este orden de ideas, el régimen laboral de los servidores de una empresa de servicio público oficial es el indicado en el inciso 2º del artículo 5º del Decreto - ley 3135 de 1968, esto es de trabajadores oficiales. Adicionalmente ha de tenerse en cuenta que los estatutos de la empresa precisarán qué actividades de dirección o de confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos⁵. “

Así las cosas, teniendo en cuenta lo demostrado y los argumentos expuestos, se concluye que la vinculación del demandante fue la de un empleado público, ya que, (i) la persona jurídica demandada es una empresa oficial de servicios públicos domiciliarios (art. 14.5 Ley 142 de 1994), pues su capital es 100% público, por tanto (ii) se somete a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado (art. 38-2 Ley 489 de 1998), en consecuencia (iii) el régimen laboral de sus trabajadores es el establecido en el inciso 2º del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, según el cual son empleados públicos los trabajadores que se vinculen a cargos de confianza según los estatutos; (iv) el cargo de Gerente es *per se*⁶ un cargo de confianza, pues en él recae la representación legal de la entidad, (v) el demandante está pidiendo el pago de emolumentos por su desempeño laboral en el cargo de Gerente.

Lo anterior a pesar de que en el expediente no esté demostrado, que la entidad demandada se acogió a lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 17 de la Ley 142 de 1994, dado que ante el vacío normativo y en consideración a lo expuesto, la disposición a aplicar debe ser el artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968. De hecho, así lo debió entender la entidad demandada, pues para vincular al demandante al cargo de Gerente, no celebró contrato de trabajo, sino que produjo un acto administrativo de nombramiento, y le dio posesión (fls. 38-43).

⁵ En este mismo sentido puede consultarse la sentencia del 22 de octubre de 2009 proferida por la Sección Segunda – Subsección “B” con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez dentro del expediente con No. Interno 3918-05. Actor: CARLOS TRUJILLO MUÑOZ.

⁶ Es decir, sin necesidad de que lo digan los estatutos de la entidad.

Por tanto, no está de acuerdo el juzgado con la tesis planteada en la contestación de la demanda.

2.6. Prestaciones sociales a las que tiene derecho el accionante por el tiempo trabajado en el cargo de Gerente de Aguas del Golfo S.A. E.S.P.

Teniendo en cuenta que el vínculo laboral del demandante con la entidad demandada fue el de un empleado público del nivel municipal, sus prestaciones sociales son las establecidas en el Decreto 1045 de 1978⁷, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1919 de 2002⁸ que es su artículo 1 expresa:

“Artículo 1.- A partir de la vigencia del presente Decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas.”

Por tanto, con base en el artículo 5 del 1045 de 1978, el demandante tiene derecho a que se le reconozcan y paguen el auxilio de cesantías, la compensación de las vacaciones, la prima de vacaciones, la prima de navidad, por el lapso indicado en la demanda, dado que la negación de su pago hecha en la demanda es indefinida, por tanto la prueba del pago debió hacerla la parte demandada, que no lo probó.

⁷ “Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”

⁸ “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”

También tiene derecho a que se le reconozca y pague la bonificación por recreación regulada en el Decreto 1031 de 2011⁹ y el artículo 1 del Decreto 404 de 2006¹⁰, por el tiempo indicado en la demanda, en consideración a lo afirmado en el párrafo anterior.

No tiene derecho a que se le reconozca y pague la sanción establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que ella es aplicable a las relaciones laborales entre particulares (art. 3 C.S.T.), y la relación laboral que se dio entre el demandante y la entidad demandada fue la de empleado público, y no la de trabajador particular.

2.7. Reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías- Intereses sobre las cesantías.

El demandante sostiene en la demanda, y así se lo pidió a la entidad demandada previo a demandar (fl. 46), que tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria y al pago de los intereses de cesantías, consagrados en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y por lo dispuesto en el D. 1582 de 1998.

Para el juzgado ello no es procedente, por lo establecido en el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, dado que el accionante durante el tiempo laborado por el cual pide el reconocimiento y pago de esos conceptos, no estuvo afiliado a un fondo de cesantías de los que trata la Ley 50 de 1990, sino al Fondo Nacional del Ahorro.

En efecto, los sistemas de liquidación de cesantías, el H. consejo de Estado expresó¹¹:

“Del recuento normativo se concluye que existen tres sistemas diferentes de liquidación y manejo de cesantías para servidores públicos del orden territorial, a saber: Sistema retroactivo, donde las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado,

⁹ “Por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del orden nacional, y se dictan otras disposiciones”

¹⁰ “Por el cual se dicta disposiciones en materia prestacional”.

¹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección “A”, Providencia del 19 de julio de 2007. C.P. Dr. Jaime Moreno García, Rad. No. 15001-23-31-000-2000-02033-01(9228-05)

sin lugar a intereses. Se rige por la ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996; De liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la ley 50 de 1990, el cual incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador y cubre a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del decreto 1582 de 1998; y por último el Sistema del Fondo Nacional de Ahorro 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”

De hecho, el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998 expresa:

“El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998”

Por lo mismo, no tiene derecho a los intereses de las cesantías del 12% anual pedidos en la demanda con fundamento en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ya que esta norma no es aplicable al demandante por lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, dado que su afiliación no se hizo a un fondo administrador de cesantías creado por la Ley 50 de 1990, sino al Fondo Nacional del Ahorro.

2.8. Conclusión- Caso concreto- restablecimiento del derecho.

En consecuencia, se declarará la nulidad del acto administrativo demandado, y como restablecimiento del derecho, se condenará a la entidad demandada, a que le reconozca y pague al accionante, los siguientes emolumentos:

2.8.1. Salarios (art. 53 C.P.):

- Mes de abril de 2011

\$2.888.160.

Indexación $\$2.888.160 \times 113.48 / 107.25 =$ \$3.055.929

- Mes de mayo de 2011 \$2.888.160

Indexación $\$2.888.160 \times 113.48 / 107.55 =$ \$3.047.404

- 9 días del mes de junio de 2011 \$866.448.

Indexación $\$866.448 \times 113.48 / 107.90 =$ \$911.255

Total \$7.014.588

2.8.2. Vacaciones y Prima de Vacaciones (arts. 8, 17, 25 del D. 1045/78):

 Del 6 de marzo de 2010 al 6 de marzo de 2011

Tiempo trabajado	360 días
Sueldo básico mensual año 2011	\$2.553.160
Gastos de representación	\$335.000
Total	\$2.888.160
Dividido entre 30 días	\$96.272
Multiplicado por 15 días	\$1.444.080

El demandante tiene derecho a que se le cancele por ese lapso:

- Vacaciones \$1.444.080

Indexación $\$1.444.080 \times 113.48 / 107.12 =$ \$1.529.818

- Prima de vacaciones \$1.444.080

Indexación $\$1.444.080 \times 113.48 / 107.12 =$ \$1.529.818

 Del 7 de marzo al 9 de junio de 2011.

Tiempo trabajado	92 días
Sueldo básico año 2011	\$2.553.160
Gastos de representación	\$335.000
Total	\$2.888.160

Dividido entre 30 días	\$96.272
Multiplicado por 15 días	\$1.444.080
Valor proporcional al tiempo trabajado	\$369.042

El demandante tiene derecho a que se le cancele por ese lapso:

- Vacaciones \$369.042

Indexación $\$369.042 \times 113.48 / 107.90 = \388.126

- Prima de vacaciones \$369.042

Indexación $\$369.042 \times 113.48 / 107.90 = \388.126

2.8.3. Prima de navidad (arts. 32, 33 D. 1045 de 1978).

Del 1 de enero al 9 de junio de 2011.

Tiempo trabajado	5 meses y 9 días
Asignación básica mensual año 2011	\$ 2.553.160
Gastos de representación	\$335.000
1/12 de la prima de vacaciones año 2011	\$54.406 ¹²
Total	\$2.942.566
Dividido entre 12 meses	\$ 245.213
Multiplicado por 5 meses trabajados	\$1.226.065
Indexación $\$1.226.065 \times 113.48 / 107.90 =$	$\$1.289.470$

2.8.4. Bonificación especial por recreación (Art. 15 D. 1031 de 2011, art. 1 D. 404 de 2006).

 Del 6 de marzo de 2010 al 6 de marzo de 2011

¹² Para obtener esta cifra se promedió lo que debió devengar el trabajador por concepto de prima de vacaciones del 1 de enero al 6 de marzo de 2011 y lo que debió devengar por el mismo concepto del 7 de marzo al 9 de junio de 2011; esto por cuanto el demandante debió devengar en el año 2011 dos (2) primas de vacaciones, pues una se generó por el tiempo laborado del 6 de marzo de 2010 al 6 de marzo de 2011 y debió pagársele en el mes de marzo de 2011, y otra se causó por el tiempo que laboró del 7 de marzo al 9 de junio de 2011 y que se le debió pagar al término de su relación laboral. Dicha operación se realizó considerando el lapso correspondiente del año 2011, para no superar 12 meses, en efecto, se tomó lo que debió devengar por concepto de prima de vacaciones por el periodo del 6 de marzo de 2010 al 6 de marzo de 2011, esto es \$1.444.080 se multiplicó por 66 día (del 1 de enero al 6 de marzo de 2011) y se dividió entre 360 días –regla de tres simple- así se obtuvo como resultado \$ 264.748 esto se sumó a lo que debió devengar por concepto de prima de vacaciones del 7 de marzo al 9 de junio, esto es, \$388.126 y dio como resultado el monto de \$652.874 lo cual se dividió entre 12 meses para un total de \$54.406, así se obtuvo la doceava parte de la prima de vacaciones que debió devengar por el tiempo laborado por el demandante en el año 2011.

Tiempo laborado 360 días
Asignación básica 2011 $\$2.553.160/30=\$85.105 \times 2 =\$170.210$
Indexación $\$170.210 \times 113.48 / 107.12 = \180.315

 Del 7 de marzo al 9 de junio de 2011.

Tiempo trabajado 92 días
Asignación básica 2011 $\$2.553.160/30=\$85.105 \times 2 =\$170.210$
Proporcional al tiempo laborado \$43.498
Indexación $\$43.498 \times 113.48 / 107.90 = \45.747

2.8.5. Auxilio de cesantías (art. 45 D. 1045 de 1978).

 Del 1 de enero al 31 de diciembre de 2010.

Total tiempo laborado	360 días
Asignación básica mensual año 2010	\$ 2.454.962
Gastos de representación	\$335.000
P. de navidad 1/12 ¹³	\$242.184
1/12 de la prima de vacaciones año 2010 ¹⁴	\$116.247
Sumado lo anterior da un total de	\$3.148.393
Indexación $\$3.148.393 \times 113.48 / 106.83 =$	$\$3.344.375$

 Del 1 de enero al 9 de junio de 2011.

Total tiempo laborado	158 días
Asignación básica mensual año 2011	\$ 2.553.160
Gastos de representación	\$ 335.000
1/12 de la prima de navidad 2011	\$ 107.455
1/12 de la prima de vacaciones año 2011	\$ 54.406
Total	\$ 3.050.021
Proporcional al tiempo trabajado	\$1.338.620

¹³ En el expediente no está demostrado cuanto devengó el accionante en el año 2010 por concepto de prima de navidad, sin embargo como prestó sus servicios de modo ininterrumpido del 1 de enero al 31 diciembre de ese año, debió devengar lo que legalmente le correspondía, es decir la suma de \$2.906.209 por ende debe incorporarse la 1/12 parte para liquidar las cesantías.

¹⁴ Igual consideración se aplica para la prima de vacaciones, dado que en el expediente no está demostrado cuánto devengó el demandante por ese concepto, sin embargo debió pagársele la suma de \$1.394.970.

Indexación \$1.321.675 X 113.48 / 107.90 = \$1.390.024

2.5. Condena en Costas.

Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y artículos 392 y 393 del C.P.C., se condenará en costas a la entidad demandada, dado que resultó vencida en el proceso.

3. Decisión.

En merito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley:

3.1. Declara la nulidad del acto administrativo ficto negativo producto del silencio administrativo negativo de la entidad demandada frente a la petición presentada por el demandante el día 16 de agosto de 2011.

3.2. Como restablecimiento del derecho, se le ordena a Aguas del Golfo S.A. E.S.P. que le pague al demandante las sumas indicadas en el numeral 2.8. de esta providencia.

3.3. Niega las demás pretensiones de la demanda.

3.4. Ordena darle cumplimiento a la sentencia en los términos y en la forma establecida en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

3.5. Ejecutoriada la sentencia, archívese el expediente.

Mary Rosa Pérez Herrera
Jueza