

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CHOCÓ

SENTENCIA No.105

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

RADICACIÓN: EXPEDIENTE NÚMERO: 27001 23 31 003 2013 00018 00

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACCIONANTE: DAYLIN BECERRA MORMOLEJO

ACCIONADO: DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ – DASALUD EN LIQUIDACIÓN

PONENTE: Dra. NORMA MORENO MOSQUERA

ANTECEDENTES:

Actuando a través de apoderada judicial se instauró medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, promovida por **DAYLIN BECERRA MORMOLEJO**, contra la **DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ – DASALUD EN LIQUIDACIÓN** con la cual se pretende que esta Corporación declare la nulidad del acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo negativo respecto de la petición de fecha 26 de mayo de 2010 formulada al **DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ – DASALUD EN LIQUIDACIÓN**, con el cual se entiende se despacha desfavorablemente el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, para que previas las ritualidades del proceso ordinario contencioso administrativo, surtido con citación y audiencia del Agente del Ministerio Público, se concedan las siguientes:

PRETENSIONES:

Las pretensiones que se reformularon luego de celebración de la audiencia inicial (conforme al acta número 56 del 18 de septiembre de 2013) son las siguientes:

PRIMERO: Declarar la **NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO FICTO O PRESUNTO**, originado en el silencio administrativo negativo, con ocasión al derecho de petición radicado el 26 de mayo de 2010, en el Departamento Administrativo de Salud Seguridad Social del Chocó (DASALUD CHOCÓ), en el cual la demandante solicitaba a la entidad demandada el reconocimiento el pago de la sanción moratoria como consecuencia de la omisión en el pago de

cesantías definitivas las cuales fueron solicitadas el 29 de mayo de 2009, sin obtener respuesta alguna, es decir sin que se le consignaran en el Fondo Nacional del Ahorro, entidad en la cual se encontraba afiliada la señora **DAYLIN BECERRA MORMOLEJO**.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración en calidad de Restablecimiento del Derecho, se ordene a las entidades demandadas reconocer y pagar a la señora **DAYLIN BECERRA MORMOLEJO**, la sanción moratoria establecida en las Leyes 244 de 1995, reglamentada por la Ley 1071 de 2006 por el no pago de las cesantías definitivas correspondientes a los años 2005 al 2007, deberá cancelarle a título de indemnización un día de salario por cada día de mora es decir la suma **TREINTA Y SIETE MIL DOCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS (\$ 37.232)** desde el 11 de mayo de 2006 hasta que se profiera la sentencia.

TERCERO: La liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas líquidas 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 el art.178 del Código Contencioso Administrativo

CUARTO: Para el cumplimiento de la sentencia se ordenará dar aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

HECHOS y OMISIONES:

Los fundamentos de hecho que sirven de base a las pretensiones, se expresaron así:

PRIMERO. La señora **DAYLIN BECERRA MORMOLEJO**, laboró al servicio del Departamento Administrativo del Chocó, en el cargo de Auxiliar de Higiene Oral, en el centro de salud de Pie de Pató, en el periodo comprendido entre el 13 de septiembre de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2007.

SEGUNDO. Al momento de la desvinculación del cargo que venía desempeñado la actora, no se le cancelaron sus cesantías definitivas, pese haber solicitado su pago, mediante derecho de petición de fecha 29 de mayo de 2009.

TERCERO. Como consecuencia de la mora en el pago de las cesantías definitivas mediante reclamación administrativa, de fecha 26 de mayo de 2010, radicada ante el Departamento del Chocó, la señora **DAYLIN BECERRA MORMOLEJO**, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, de conformidad con lo establecido en la Ley 244 de 1995, artículo 2 reglamentado por la Ley 1071 de 2006.

CUARTO: A pesar de haberse terminado la relación laboral, desde el 31 de diciembre de 2007 y haber solicitado mediante derecho de petición de fecha 29 de mayo de 2009, el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, junto con las demás acreencias laborales, hasta la fecha no se ha cancelado las mismas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO, NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Relaciona la actora como fundamento jurídico de sus pretensiones, Artículo 53 de la C. N, Decreto 2712 de 1999, Artículo 1, Decreto 3118 de 1968, Numera 1,

ordinal A, Artículo 2, Ordinales A,B, Artículo 3, Artículo 28 y Artículo 37, Ley 50 de 1990, Artículo 99, Ley 1071 de 2006, Ley 244 de 1995, Ley 1437 de 2011, Ley 1564 de 2012.

En lo referente al concepto de la violación expresa que el acto Administrativo demandado ficto o presunto, resultante del silencio administrativo negativo, por la omisión de las Entidades demandadas en dar respuesta de fondo a la petición de la actora de fecha 21 de mayo de 2010 y radicada el 26 de mayo de 2010 en el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó, mediante el cual se niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, es nulo porque con él la entidad demandada incumplió su obligación de liquidar, reconocer, consignar y pagar las cesantías, razón por la cual considera vulneradas las normas jurídicas antes descritas, por lo que considera ser declarado nulo, y en su efecto restablecerse su derecho.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

En el expediente no existe constancia de que la parte demandada haya contestado la demanda.

TRÁMITE DEL PROCESO

La demanda fue admitida mediante auto interlocutorio número 052 del 01 de febrero de 2013 (folios 59 - 61).

Mediante auto interlocutorio número 401 del 16 de mayo de 2012, se ordenó suspender el proceso para realizar la notificación al Liquidador de DASALUD, posteriormente con auto interlocutorio número 588 del 04 de julio de 2013, se ordenó reanudar el trámite del mismo.

El día 18 de septiembre de 2013, a las 3:00 p.m., se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., como consta en el acta número 056 visible a folios 141-148 del expediente (C.D anexo.)

De conformidad con el acta número 016 del 13 de noviembre de 2013 se realiza la audiencia de prueba de que trata el artículo 181 del C.P.A.C.A, (visible a folio 162 - 164 anexo c.d.), en la que se ordenó a las partes y al Ministerio Público la presentación de los alegatos de conclusión por escrito.

ALEGATOS

La parte demandante

No existe evidencia en el plenario que la parte demandante haya presentado alegatos de conclusión.

La parte demandada Dasalud en Liquidación

El apoderado de la parte demandada DASALUD en Liquidación mediante escrito de fecha 22 de noviembre de 2013 visible a folios 165 -175 expresó en síntesis lo siguiente:

“1. ACCESORIUM SEQUITUR PRINCIPALE

(...)

Al respecto, en lo que a la sanción moratoria por el no pago de las cesantías refiere, traigo a su consideración aquel famoso aforismo latino: “accessorium sequitur

principale” traducido como “lo accesorio sigue la suerte de lo principal” y que se constituye en uno de los principios fundantes del derecho, aludo a ello dado que la sanción moratoria derivada del no pago de las cesantías no es más que la consecuencia accesorio del reconocimiento de la obligación principal, la cual corresponde al pago de las cesantías parciales o definitivas, hecho que conforme a lo manifestado en el numeral segundo del acápite Declaraciones y Condenas del escrito de demanda presentado por la accionante por intermedio de su apoderada no se ha realizado y sin embargo no fue reclamada, ante esta omisión no hay lugar a entrar a cancelar una erogación producto de una obligación principal no reconocida ni declarada.

(...).

2. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO.

(...).

*Ahora bien, el accionante manifiesta que prestó sus servicios al Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó –DASALUD-, en el periodo comprendido entre el 13 de septiembre de 2005, hasta el 31 de diciembre de 2007, lo que indica que a partir de esta última fecha, el demandante contó con el término legal de tres (3) años para solicitar el pago de las cesantías, término que vencía el 31 de diciembre de 2010, el cual puede ser interrumpido **por una sola vez** con la simple reclamación elevada por el trabajador, hecho que conforme se manifiesta en la demanda ocurrió mediante petición presentada el día 29 de mayo de 2009, así pues, al operar la interrupción, el nuevo término para que el accionante reclamara en sede judicial sus cesantías, era hasta el 29 de mayo de 2012, sin embargo y tras estudiar el texto de la demanda interpuesta, la misma no pretende el pago de prestación social alguna y solo se limita a exigir la cancelación de la sanción moratoria conforme a lo dispuesto en la Ley 1071/06; así pues, no existiendo acción judicial alguna donde se persiga el pago de las cesantías, sobre las mismas ha acaecido el fenómeno de la prescripción extintiva*

(...)”.

El Ministerio Público:

No existe constancia procesal que la delegada del Ministerio Público haya emitido concepto de fondo en este proceso.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

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.

Problema jurídico

Se trata en este caso de establecer la legalidad del acto ficto o presunto resultante de la petición de fecha 26 de mayo de 2010, por medio del cual se entiende que la entidad accionada niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria 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 las cesantías desde el año 2006 en adelante y la sanción moratoria reclamada por el pago tardío de sus cesantías definitivas, consagrada en el artículo 2º de la Ley 244 de 1995.

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.

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 el Decreto 992 de 1997², así las cosas, no tiene todas las características jurídicas para tenerla como pleno

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 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 1 del Decreto 992 de 1997.

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.

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 DAILIN BECERRA MARMOLEJO; para resolver el problema jurídico planteado la Sala abordará el estudio de los siguientes temas: 1.- Acto demandado, 2.- Las cesantías 3.- La Sanción moratoria y 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 26 de mayo de 2010 al **DEPARTAMENTO DEL CHOCO – DASALUD EN LIQUIDACION**, con el cual se entiende se despacha desfavorablemente la petición de la señora DAILIN BECERRA MARMOLEJO (folios 14 - 17).

Ab initio, se precisa que si bien la demanda se presentó el 05 de octubre del año 2012, 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 dicha norma consagra el **"efecto"** que produce la falta de una respuesta por parte de la Administración, negativo para el peticionario por regla general.

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 MUÑOZ: 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

⁴ Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011

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

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 la petición fue radicada en la administración el 26 de mayo de 2010 y se afirma en la demanda que vencido el término 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.

En el escrito de contestación de la demanda arguye el demandado que al analizar los términos de prescripción de los derechos laborales conforme a los parámetros estipulados por el Consejo de Estado y el Legislador, donde se ha establecido que dichos derechos prescriben si al término de 3 años de que se hacen exigibles, el beneficiario no emprende las acciones correspondientes para su reconocimiento..

Indica que si la desvinculación de la trabajadora se dio el 31 de diciembre de 2007, la misma tenía hasta el 30 de diciembre de 2010 para ejercer las acciones correspondientes para efectivizar su derecho; con este fin la accionante dirigió solicitud de reconocimiento y pago de cesantías definitivas el día 29 de mayo de 2009, hecho que interrumpe el término de prescripción. Sin embargo esta interrupción se da por una sola vez y con el primer escrito presentado por la actora el cual cierra la puerta a invocar una serie de peticiones por los mismos hechos. De modo que la nueva fecha de prescripción sería el 28 de mayo de 2012, y la acción judicial fue radicada ante el juzgado el 05 de octubre de 2012, evidenciándose la extemporaneidad de la misma, ya que se radicó pasado el término prescriptivo lo que genera la caducidad.

Sobre el particular quiere precisar la Sala, que lo que se pretende en el asunto que ocupa nuestra atención, es el reconocimiento y pago de la sanción moratoria causada por la no cancelación de las cesantías definitivas.

Sabido es que las cesantías definitivas se causan, cuando el servidor público se retira del servicio. Pero de las pruebas existentes en el proceso se tiene, que la actora laboró al servicio de Dasalud, entre el 13 de septiembre de 2005 y 31 de diciembre de 2007 (fl. 37); así mismo está acreditado que en virtud de la sustitución patronal celebrada entre Dasalud y la ESE Salud Chocó, la hoy actora desde el 15 de enero de 2008, tuvo como empleador a la última entidad mencionada, quiere ello decir, que en el caso de la demandante lo que se presentó fue un cambio de patrono, más no la terminación de la relación laboral como lo quiere hacer ver la demandada.

Así las cosas, y al no haberse hecho exigible el derecho al pago de las cesantías definitivas de la señora Becerra Marmolejo (por no haber culminado la relación laboral de la actora), tampoco lo es la sanción moratoria que se deriva de la misma; razón por la cual no se puede hablar de prescripción de un derecho inexistente.

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

Indica la demandada que no es su querer sustraerse de la obligación de pagos, sino que la mora se debe a un caso de fuerza mayor al entrar en toma de posesión.

Por último indica, que por encontrarse la demandada en un proceso concursal de liquidación, no es procedente el reconocimiento y pago de intereses moratorios.

El Honorable Consejo de Estado en providencia del 25 de junio de 1999, Consejero Ponente Dr. DANIEL MANRIQUE GÚZMAN, expediente 9425, respecto a la improcedencia de intereses moratorios por fuerza mayor dijo:

“Si bien a partir de la providencia administrativa de toma de posesión, las obligaciones de plazo a cargo de la deudora intervenida se convierten automáticamente en exigibles, también lo es que aquella queda impedida legalmente para cumplir con el pago de las acreencias a su cargo, pues la satisfacción de éstas solo será posible en la medida en que se agoten los trámites procedimentales que la ley ordena para el proceso de liquidación forzosa administrativa, trámites que no dependen de la voluntad de la intervenida sino del funcionario liquidador designado para el efecto, quien a partir de la toma de posesión asume la calidad de administrador de los bienes de la sociedad, y a su vez está obligado a cumplir su gestión dentro de los límites legales. El pago de las acreencias a cargo de la intervenida está condicionado a que se haya ejecutoriado la resolución que establece el reconocimiento de los créditos y a que exista la disponibilidad de recursos, de suerte que se pueda pagar a todos los acreedores reconocidos, respetando la prelación legal y el principio "PAR CONDITIO CREDITORUM". Ahora bien según el inciso 2º del artículo 1616 del Código civil "la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios", luego si la toma de posesión por parte de la Superintendencia Bancaria implica la inmediata guarda de los bienes de la intervenida, la separación de sus administradores y su reemplazo por el liquidador designado por la autoridad supervisora, es claro que tal medida constituye fuerza mayor a la que no puede resistirse la sociedad objeto de la misma y esta circunstancia tal como lo declara la norma citada excluye el reconocimiento de intereses moratorios”.

De la jurisprudencia citada se tiene, que la liquidación forzosa, constituye una fuerza mayor para la entidad que la afronta, circunstancia que la excluye del reconocimiento de intereses moratorios.

Siendo la liquidación forzosa, aquella que es ordenada por la Superintendencia Nacional de Salud, y la voluntaria la decretada por la misma entidad que se liquida.

Del oficio sin número, de fecha 16 de septiembre de 2013, obrante a folios 96 – 97 del expediente se tiene, que la supresión y liquidación de Dasalud fue ordenada por el Gobernador del Chocó, mediante Decreto Departamental N° 0099 del 3 de mayo de 2013, de donde se concluye que la liquidación de Dasalud no es forzosa sino voluntaria, razón por la cual si es procedente el pago de intereses y sanción moratoria.

Por último indica Dasalud en sus alegatos de conclusión, que la actora debió haber demandado además el acto que negó el pago de las cesantías definitivas.

Sobre el particular la Sala quiere precisar, que analizada la demanda se evidencia que en el hecho segundo la demandante manifiesta que el 29 de mayo de 2009, solicitó el pago de sus cesantías definitivas, el cual es aceptado por Dasalud cuando en su escrito de alegatos de conclusión sostiene, que en el presente caso se debió solicitar la nulidad del acto ficto que negaba el reconocimiento de las cesantías definitivas (fl.146); además se encuentra acreditado, que el 26 de mayo de 2010, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas, reclamación respecto de la cual no obtuvo respuesta alguna configurándose así un acto ficto.

De lo anterior se tiene, que en el presente asunto nos encontramos frente a actos administrativos que tienen finalidad y contenido diferentes (pues uno está referido al pago de las cesantías definitivas, y el otro a la sanción moratoria), razón por la cual la parte actora podía demandar independientemente cualquiera de los dos actos.

2.- Las cesantías

El auxilio de cesantía se rige por lo dispuesto en la Ley 6 de 1945 que, en su artículo 17⁷, estableció esta prestación social en razón de un mes de salario por cada año de servicios:

Sobre esta prestación el Consejo de Estado ha dicho que: *“Las cesantías son una prestación social a que tienen derecho los empleados públicos, entre ellos los del orden territorial. Las cesantías definitivas, como su nombre lo indica, son las que se reconocen y **pagan cuando se rompe el vínculo entre la administración y el funcionario, es decir cuando éste se retira del servicio**”*⁸.

Una vez expuesto lo anterior, se tiene que el auxilio de cesantía se trata de una de las “prestaciones sociales comunes”, y que constituye, como afirma la doctrina, “una compensación adicional que la ley reconoce al trabajador por los servicios personales prestados a otra persona en determinado período de tiempo”, (Domingo Campos Rivera, *“Derecho Laboral Colombiano”*, Edit. Temis, Pág. 507). De modo que su pago es obligatorio al término del contrato de trabajo, salvo los casos previstos taxativamente.

Al estar probada la vinculación laboral como auxiliar de higiene oral, desde el 13 de septiembre de 2005, se afirma sin dubitación que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las cesantías⁹, prestación social a favor del empleado

⁷**Artículo 17°.-** Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.

⁸ C.E., Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 25 de agosto de 2005, M.P. dr. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE.

⁹ Las normas no definen el auxilio de cesantías, no obstante el Consejo de Estado la define en los siguientes términos: “este auxilio corresponde a una suma de dinero que el empleador está obligado a pagar al trabajador a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio a la finalización del contrato de trabajo, en el caso de los particulares; o en el caso de los públicos, un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero basado en el mismo fundamento jurídico y filosófico a una y otra clase de trabajadores: la relación de trabajo”. - Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II Subsección “A”, noviembre

a cargo del empleador consagrada en la legislación, en un amplio número de disposiciones¹⁰.

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.

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

11 de 2009 Expediente No 250002325000200304523 01 (0808-07), Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Su objetivo o finalidad es “cubrir o prever las necesidades que se originan para el trabajador con posterioridad al retiro de una empresa, por lo que resulta un ahorro obligado orientado a cubrir el riesgo de desempleo. Se trata de un objetivo acorde con los principios de una Constitución humanista fundada en el respeto por la dignidad humana, en este caso del trabajador”. - Corte Constitucional, Sentencia C-823 de 2006.

¹⁰**Ley 65 de 1946** “Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras”, **Decreto 1160 de 1947** “Sobre auxilio de cesantía”, **Decreto 1045 de 1978** “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”, **Ley 50 de 1990** “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”, **Ley 244 de 1995** “Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de, cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”, **Ley 344 de 1996** “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”, **Ley 432 de 1998** “Por la cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones”, **Decreto 1582 de 1998** “Por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 13, de la Ley 344 de 1996 y 5o de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia”, **Decreto 1453 de 1998** “Por el cual se reglamenta la Ley 432 de 1998, que reorganizó el Fondo Nacional de Ahorro, se transformó su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones”, **Decreto 1252 de 2000** “Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública”, **Ley 1071 de 2006** “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”, **Ley 1064 de 2006** “Por la cual se dictan normas para el apoyo y fortalecimiento de la educación para el trabajo y el desarrollo humano establecida como educación no formal en la Ley General de Educación”, **Ley 1328 de 2009** “Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”.

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...”

El propósito del legislador al establecer una sanción por el retardo en el pago de las cesantías quedó expresado en la exposición de motivos así:

“...la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites. Este hecho origina además cierto tipo de favorecimiento y que se modifique el orden de radicación de las solicitudes, prácticamente al mejor postor.

Además de este factor de corruptela y tras la tortuosa espera, cuando el final se paga al trabajador su cesantía, tan sólo se le entrega lo que certificó la entidad patronal meses, y hasta años, atrás, al momento de la liquidación. Ni un peso más. No obstante que la entidad pagadora, los Fondos, durante todo ese tiempo han estado trabajando esos dineros a unos intereses elevados, con beneficio para la institución, pero sin ningún reconocimiento para el trabajador.”¹¹.

De lo expuesto se extrae, que el legislador quiso buscar objetividad, igualdad y agilidad en el pago de las cesantías, porque con ello se evitaba la corrupción que tales trámites conllevaban. 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.

Ahora bien, como lo anotó el alto tribunal, esta protección no ha sido sólo de carácter interno, pues la Organización Internacional del Trabajo - OIT- a través del Convenio C-173 de 1972, también la ha contemplado y ha sido muy específica en el caso de insolvencia del empleador.

En la parte II el artículo 5°, señaló que los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio de prelación.

A su vez el Artículo 6, consagró que el privilegio deberá cubrir al menos los créditos laborales correspondientes a:

“(...)

d) a las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo.”

También la misma Conferencia expidió una Recomendación que denominó “*La Recomendación sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992.*”

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

En este instrumento la OIT tuvo un mayor alcance. Dispuso que la protección conferida por un privilegio debiera cubrir, entre otros, las indemnizaciones por fin de servicios, por despido injustificado y otras sumas adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo.

De lo hasta aquí dicho, puede afirmar la Sala que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores.

Igualmente de los artículos transcritos, se deduce, que si se trata del auxilio de cesantía, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, la entidad pública obligada al pago dispone de un término de quince (15) días hábiles a partir de la fecha de solicitud de liquidación definitiva de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago.

El artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece:

“...El nuevo régimen especial del 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 día de retardo”.

Este régimen anualizado de cesantías se hizo extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 1º de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998¹² (vigente desde el 10 de Agosto de 1998), en el cual se dispuso que el régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos vinculados a partir de 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.

El Artículo 13 de la Ley 344 de 1996 dispone:

“ARTICULO 13: “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:

¹²ARTICULO 5o. AFILIACION DE SERVIDORES PUBLICOS. A partir de la vigencia de la presente ley deben afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional.

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; (...)”.

El Decreto Reglamentario 1582 de 1998 respecto de los servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen anualizado de cesantías, consagró en su artículo 3º lo siguiente:

“...En el caso de servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad, que decidan acogerse al régimen de cesantía de dicha ley, se procederá de la siguiente forma:

a) La entidad pública realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado;

b) La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la administradora seleccionada por el trabajador;

c) En lugar de entregar dicha suma de dinero, las entidades territoriales podrán emitir a favor de cada uno de los servidores públicos que se acojan a este régimen, un título de deuda pública por el valor de la liquidación de las cesantías, con las características que se señalan más adelante, previo el cumplimiento de los trámites legales necesarios para su expedición”.

El Consejo de Estado a 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 términos¹³: *“...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 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.

El caso concreto

La actora ingresó al Departamento Administrativo de Salud DASALUD, el 13 de septiembre de 2005 como Auxiliar de Higiene Oral.

¹³Ver 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 once2011, M. P. Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

Se afirmó en la demanda que la señora DAYLIN BECERRA MARMOLEJO, se retiró del servicio el 31 de diciembre del 2007, sin que la entidad accionada hubiera consignado al Fondo Nacional del Ahorro, las cesantías definitivas, por lo que el 29 de mayo de 2009, radica¹⁴ ante el Agente Interventor de Dasalud Chocó, petición de reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías definitivas.

Que al no obtener respuesta respecto de la solicitud de cesantías, el 26 de mayo de 2010¹⁵, la actora radica petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria de sus cesantías ante la entidad demandada, sin que a la fecha de la presentación de la demanda se le haya dado respuesta alguna a dicha reclamación.

En el extracto individual de cesantías de fecha 07 de octubre de 2013, visible a folios 155 a 161 del expediente, expedido por el Fondo Nacional del Ahorro, se observa que en el mismo no hay constancia de que se haya consignado las cesantías de la demandante correspondiente a los años 2006 y 2007, y tampoco existe constancia de que se las haya cancelado a ella directamente, razón por la cual se accederá a la pretensión de la demanda en lo que respecta al reconocimiento y consignación al Fondo Nacional del Ahorro de las cesantías de los años 2006 y 2007 de la demandante.

De otro lado, existe constancia procesal que la señora Becerra Marmolejo laboró para Dasalud hasta el 31 de diciembre de 2007, según se extrae de la certificación expedida por el Jefe de la División de Talento Humano de Dasalud, visible a folio 37 del expediente.

A folios 184 – 209 del expediente reposa Convenio de 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 DAYLIN BECERRA MARMOLEJO, 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 servicio¹⁶.

¹⁴ Ver folios 19 - 34 del expediente

¹⁵ Ver folios 14 a 17 del expediente

¹⁶ "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.

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 continuidad¹⁷; por lo que en manera alguna 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–* 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 DAYLIN BECERRA MARMOLEJO, 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 ley¹⁸

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 177 del Código de Procedimiento Civil, *“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 probatoria¹⁹ que le impone la norma legal en cita, toda vez que *–se reitera–*, no allegó al proceso prueba

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.”*

¹⁷ Admitiendo que dichas disposiciones le fueran aplicables por analogía, según el mandato del artículo 8 de la Ley 153 de 1887

¹⁸ El 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.

¹⁹ De manera más detallada el tratadista Devis Echandía expone lo siguiente: *“Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1°) por una*

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.

De conformidad con lo probado en el proceso y aceptado por la demandada²⁰, el Departamento Administrativo de Salud DASALUD, aún no ha consignado al Fondo Nacional del Ahorro las cesantías correspondiente a los años 2005 al 2007, obligación por demás asumida por Dasalud, en la clausula tercera y cuarta del acuerdo de sustitución patronal, por lo que la orden que impartirá el Tribunal estará dirigida a la satisfacción por parte de Dasalud de dicha obligación.

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 interés 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 humana²¹. 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 declarará la nulidad del acto ficto o presunto acusados de fecha 26 de mayo de 2010, como consecuencia de ello y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a DASALUD EN LIQUIDACION, reconocer y pagar a el Fondo Nacional del Ahorro el componente de cesantías de la señora DAYLIN BECERRA MARMOLEJO, las cesantías de los años 2006 al 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

*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 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.

²⁰ Ver folio 144 del expediente.

²¹ Ver T-192 del 05 de marzo de 2003, M. P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

eventualmente comprometer su responsabilidad penal, fiscal, patrimonial, disciplinaria.

Así las cosas y dando alcance a la Ley 432 de 1998²², y al artículo 2º de la Ley 244 de 1995 que dispone: “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”, 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, el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó en liquidación, y la Contraloría General de la Nación, investiguen la conducta, de quienes con su omisión dieron lugar a la presente decisión condenatoria.

COSTAS:

De conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se condenará en costas a la parte demandada por haber sido vencida en este proceso, de conformidad con el artículo 392 del C.P.C., fijasen las agencias en derecho en la suma de UN MILLÓN CUATROCINETOS DOS MIL TRESCIENTOS DIECISITE PESOS (\$1.402.317) equivalentes al cinco por ciento (5%) de las pretensiones negadas, ello de conformidad con el Acuerdo N° 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

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. DECLARAR la nulidad del acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo negativo, respecto de la petición del 26 de mayo de 2010, y mediante el cual se denegó el reconocimiento y pago de la cesantías correspondiente a los años 2006 al 2007 a favor de la demandante señora DAYLIN BECERRA MARMOLEJO.

²²ARTICULO 6o. TRANSFERENCIA DE CESANTÍAS. <Artículo modificado por el artículo 193 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Durante el transcurso del mes de febrero las entidades empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional del Ahorro el valor liquidado por concepto de cesantías, teniendo 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

SEGUNDO. ORDENESE a DASALUD en Liquidación, para que adelante las gestiones administrativas, presupuestales y financieras tendientes a la consignación al Fondo Nacional del Ahorro al pago del componente de cesantías que le corresponde a la **DAYLIN BECERRA MARMOLEJO**, por los años 2006 al 2007.

TERCERO: NIEGUESE el reconocimiento de la sanción moratoria por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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 General De La nación, Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó en Liquidación y la Contraloría General de la Nación, para que se investigue la conducta de los funcionarios responsables encargados de aplicar la ley.

SEXTO: Costas para la parte demandada, fijase las agencias en derecho en la suma de \$1.402.317, para ser incluidas en la liquidación de costas

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

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada en sala, según consta en acta número _____ de la fecha.

MIRTHA ABADÍA SERNA

Magistrada

(aclara voto)

JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Magistrado

(ausente con permiso)

NORMA MORENO MOSQUERA

Magistrada

los centros administrados por Dasalud pasarían a ser operados por la ESE SALUD CHOCÓ, de acuerdo al acta de sustitución patronal la señora DAYLIN BECERRA MARMOLEJO, 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 servicio²³.

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 continuidad²⁴; por lo que en manera alguna 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–* 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 DAYLIN BECERRA MARMOLEJO, 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

²³ “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.

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.”.

²⁴ Admitiendo que dichas disposiciones le fueran aplicables por analogía, según el mandato del artículo 8 de la Ley 153 de 1887

trabajo y las cesantías parciales solo son exigibles en los términos, requisitos y condiciones establecidas en la ley²⁵

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 177 del Código de Procedimiento Civil, *“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 probatoria²⁶ 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.

De conformidad con lo probado en el proceso y aceptado por la demandada²⁷, el Departamento Administrativo de Salud DASALUD, aún no ha consignado al Fondo Nacional del Ahorro las cesantías correspondiente a los años 2006 y 2007, obligación por demás asumida por Dasalud, en la clausula tercera y cuarta del acuerdo de sustitución patronal, por lo que la orden que impartirá el Tribunal estará dirigida a la satisfacción por parte de Dasalud de dicha obligación, la cual igualmente comprenderá el reconocimiento y pago de los respectivos intereses a las cesantías que dicha prestación generaría si se hubiere transferido en tiempo al Fondo en el cual se encontraba afiliada la actora de conformidad con lo ordenado

²⁵El 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:

4. *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.

²⁶ 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: 1°) 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; 2°) 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.

²⁷ Ver folio 144 del expediente.

en el artículo 33 del Decreto 3118 de 1968, en porcentaje del 12% en virtud de lo normado en el artículo 3° de la Ley 41 de 1975.

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 humana²⁸. 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 declarará la nulidad del acto ficto o presunto acusados de fecha 26 de mayo de 2010, como consecuencia de ello y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a DASALUD EN LIQUIDACION, reconocer y pagar a la DAYLIN BECERRA MARMOLEJO, las cesantías de los años 2006 y 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 1998²⁹, y al artículo 2° de la Ley 244 de 1995 que dispone: “*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*”, 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, el

²⁸ Ver T-192 del 05 de marzo de 2003, M. P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

²⁹ ARTICULO 6o. TRANSFERENCIA DE CESANTÍAS. <Artículo modificado por el artículo 193 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Durante el transcurso del mes de febrero las entidades empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional del Ahorro el valor liquidado por concepto de cesantías, teniendo 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

Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó en liquidación, y la Contraloría General de la Nación, investiguen la conducta, de quienes con su omisión dieron lugar a la presente decisión condenatoria.

COSTAS:

De conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se condenará en costas a la parte demandada por haber sido vencida en este proceso, de conformidad con el artículo 392 del C.P.C., fijasen las agencias en derecho en la suma de DOS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$2.947.500) equivalentes al cinco por ciento (5%) de las pretensiones negadas, ello de conformidad con el Acuerdo N° 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

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. DECLARAR la nulidad del acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo negativo, respecto de la petición del 26 de mayo de 2010, y mediante el cual se denegó el reconocimiento y pago de la cesantías correspondiente a los años 2006 y 2007 a favor de la demandante señora DAYLIN BECERRA MARMOLEJO.

SEGUNDO. ORDENESE a **DASALUD en Liquidación**, para que adelante las gestiones administrativas, presupuestales y financieras tendientes al pago del componente de cesantías que le corresponde a la señora DAYLIN BECERRA MARMOLEJO, por los años 2006 y 2007, la que igualmente comprenderá el reconocimiento y pago de los respectivos intereses a las cesantías de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, la cual se hará efectiva dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia.

TERCERO: NIEGUESE el reconocimiento de la sanción moratoria por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: La sumas de dineros aquí reconocidas devengaran intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria, sino se cancelare dentro del término establecido en el artículo 192 en concordancia con el numeral 3 del artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se causaran intereses moratorios a la tasa comercial.

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

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

SÉPTIMO: Costas para la parte demandada, fijase las agencias en derecho en la suma de \$2.947.500, para ser incluidas en la liquidación de costas

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

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada en sala, según consta en acta número _____ de la fecha.

MIRTHA ABADÍA SERNA

Magistrada

JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Magistrado

NORMA MORENO MOSQUERA

Magistrada