

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

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

**SENTENCIA No. 96**

**REFERENCIA:** EXPEDIENTE 27001 23 31 003 2013 00180 00  
**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**ACCIONANTE:** KAREN MACHADO TAPIA  
**ACCIONADO:** DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ – DASALUD EN EN LIQUIDACION.

**MAGISTRADA PONENTE: NORMA MORENO MOSQUERA**

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

**ANTECEDENTES**

Obrando por intermedio de apoderada la señora KAREN MACHADO TAPIA, demanda a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho al DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ – DASALUD EN LIQUIDACIÓN, a fin de que se le reconozca y pague la sanción moratoria por el no pago de las cesantías definitivas.

**DECLARACIONES Y CONDENAS**

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

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

**SEGUNDO:** Como consecuencia de la anterior declaración en calidad de Restablecimiento del Derecho, condénese a las entidades demandadas a reconocer y pagar a la señora KAREN MACHADO TAPIA, la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995, reglamentada por la Ley 1071 de 2006, por el no pago oportuno de las cesantías definitivas correspondientes a los años 2005 a 2007,deberá

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

*cancelar a título de sanción moratoria un día de salario por cada día de mora es decir la suma de CINCUENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS NOVETA Y SIETE PESOS (\$52.997) desde el 8 de mayo de 2010 hasta que se cancele las cesantías definitivas, por cuanto DASALUD Chocó, no ha cancelado las cesantías definitivas pese haberse solicitado su pago, como consecuencia de la terminación de la relación laboral el 31 de diciembre de 2007.*

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

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

### HECHOS Y OMISIONES

Los hechos de la demanda se resumen así:

**PRIMERO.** La señora KAREN MACHADO TAPIA, laboró al servicio del Departamento Administrativo del Chocó, en el cargo de Odontóloga, en el Centro de Salud de Medio Atrato en el periodo correspondiente entre el 6 de septiembre de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2007.

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

**TERCERO:** Según lo reglado en la Ley 50/90, artículo 99, numeral 3º, la Ley 244 de 1995, reglamentada por la Ley 1071 de 2006, era obligación del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Departamento del Chocó, a la terminación de la relación laboral, en este caso 31 de diciembre de 2007, cancelar junto con sus demás prestaciones sociales a la demandante, sin embargo, hasta la fecha no se ha hecho.

### NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTOS DE LA VIOLACIÓN

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

Se cita como normas violadas las siguientes: artículo 53 de la Constitución Política, artículo 1 Decreto 2712 de 1999, Decreto 3118 de 1968 artículos 1 ordinal A, artículo 2 ordinales A y B artículo 28 y artículo 37, Ley 1071 de 2006, Ley 244 de 1995, Ley 50 de 1990 artículos 99 Numeral 3, artículos 85 y 40 del CCA.

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

### CONTESTACION DE LA DEMANDA

#### DASALUD EN LUIDACION:

Mediante memorial obrante a folios 80 a 89 la apoderada de DASALUD contestó la demanda expresó:

*“Se opone frente a todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante.*

*Es necesario anotar que revisada la historia laboral de la señora KAREN MACHADO TAPIA, en virtud del proceso de liquidación, se observa que no reposa ninguna petición relativa a la solicitud de reconocimiento y pago de los haberes laborales que solicita le sean reconocidas en el presente proceso.*

*Sin embargo la apoderada de la accionante, solicita la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, derivado del silencio administrativo negativo, por la no respuesta a la solicitud impetrada por ella y como consecuencia se ordene a la demandada en calidad de restablecimiento del derecho, reconocer y pagar la sanción moratoria correspondiente a los años 2005 hasta 2007.*

*Basándose en las peticiones de la demanda, la parte demandante manifiesta haber interpuesto primera solicitud de pago de cesantías el día 17 de noviembre de 2009, así como también el día 18 de marzo de 2010 la parte demandante argumenta solicitar el pago de la sanción moratoria, documentos estos donde se edifica el acto ficto objeto de la presente demanda, revisada la hoja de vida de la señora KAREN MACHADO TAPIAS al igual que los anexos que hacen parte de la misma y de los archivos entregados en virtud del proceso de liquidación al Agente Liquidador de DASALUD, se tiene que no obra tales documentos, no obstante, los haberes laborales reclamados como creencias por parte de la demandante se encuentran prescritos.”*

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO**

**DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ**

No hay constancia procesal de que haya contestado la demanda.

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**DE LA PARTE DEMANDANTE**

La apoderada de la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión visibles a folios 168 a 170 expresó:

*“Ha considerado el despacho que el acta de sustitución patronal, es un elemento esencial para el esclarecimiento de la Litis, siendo consecuente con lo anterior y como lo que se busca es la verdad material y sobre esa base otorgarle el derecho a quien lo tenga cuando, se esté vulnerando los mismos, considera y cree que se convierte, como prueba fundamental en el estudio, no solo la denominación de la mencionada acta, si no el contenido de la misma, con el fin de establecer las condiciones del acta y las obligaciones de la parte que suscribieron el mismo, del cual ha de salir una conclusión, que definirá el objeto de la Litis, donde de manera conjunta con la denominación, se debe estudiar la cláusula tercera y cuarta, en la cual establecen las obligaciones que tenía DASALUD – Chocó con la demandante y de ese punto, entrar si dicha obligación se cumplió, no solo es importante el acta de sustitución patronal si no la constancia de trabajo expedida por la ESE Chocó, donde se indique la fecha de terminación de la relación laboral y si de acuerdo con las obligaciones contenidas en el acta las partes cumplieron con su obligación, porque de no haberse cumplido estaríamos frente al incumplimiento de la Ley 244 de 1995, modificatoria mediante la Ley 1071 de 2006, omisión esta que acarrea la vulneración de las mencionadas leyes y que por ende debe ser reconocido el derecho a la demandante”.*

**DE LA PARTE DEMANDADA**

**DASALUD EN LIQUIDACIÓN**

La apoderada de la parte demandada DASALUD en liquidación presentó sus alegatos de conclusión obrante a folios 172 a 175 manifestó:

*“La accionante según se desprende de los anexos aportados en la demanda presenta la reclamación de cesantías el 17 de noviembre de 2009, así como también la segunda reclamación la realiza el día 18 de marzo de 2010 con el objeto de reclamar la sanción moratoria; teniendo en cuenta los argumentos*

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

*planteados por la parte demandante, la accionante ya había interrumpido el tiempo de prescripción a partir del 17 de noviembre de 2009, tiempo que conforme a la Normatividad vigente se interrumpe por una sola vez, transcurriendo nuevamente y por el mismo lapso a partir del 17 de noviembre de 2009 y hasta el 17 de noviembre de 2012.*

*Se tiene entonces, como se anotó anteriormente, que si la reclamación administrativa de fecha 17 de noviembre de 2009, interrumpió la prescripción como lo ordena la ley, reiniciándose nuevamente el período trienal desde el 17 de noviembre de 2009 hasta el día 17 de noviembre de 2012, fecha en la cual la parte demandante tuvo la oportunidad para ejercer la acción administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho, sin embargo se tiene que la demanda contenciosa que origina el presente proceso fue radicada el día veintinueve (29) de mayo de 2013, cuando ya había operado el fenómeno de la prescripción, cuya declaración se solicita.*

*Por su parte en lo que respecta a sanción moratoria por el no pago de las cesantías del periodo comprendido entre el año 2006 al 2007 se debe considerar 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 definitivas no es más que la consecuencia accesorio del reconocimiento de la obligación principal y ya que dicha obligación principal no es reclamada, como en el caso ocurre, no habría lugar a entrar a cancelar una erogación producto de una obligación principal no reconocida ni declarada. Al revisar la demanda incoada por la parte actora, en el acápite petitorio de la misma no se inscribe petición alguna entorno al pago de las cesantías definitivas, solo se hace mención del pago de la sanción por mora en la consignación de las mismas, lo que deja sin fundamento la solicitud toda vez que no hay lugar a declarar la existencia de la obligación principal pues esto no fue solicitado como objeto de la Litis”.*

### **DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ**

No hay constancia procesal de que haya presentado alegatos de conclusión.

### **“EL MINISTERIO PÚBLICO**

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

### **CONSIDERACIONES**

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

#### **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.

Si bien se plantea en los alegatos el tema de la prescripción de las dotaciones y de la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad en cuanto a los derechos de carrera administrativa, considera la sala que no será objeto de estudio en la sentencia, por cuanto fue decidido en la Audiencia Inicial.

No obstante lo anterior, la Sala indica que, la postura con la que se ha venido decidiendo hasta hoy en esta clase de procesos y sus similares, en el sentido de la condena al pago en componente de cesantías no deviene de la declaratoria de nulidad del acto acusado, en tanto el mismo es el resultado de la reclamación de la sanción moratoria, si no como asunto de elemental justicia, que garantiza los derechos irrenunciables del trabajador, si se tiene en cuenta que como hecho notorio que es, que la entidad demandada se encuentra en proceso liquidatorio, haciéndose necesario entonces, el reconocimiento de este componente, con el objeto de que los mismos prevalezcan en dicho proceso. En razón a ello no se declarará la nulidad del acto administrativo demandado, pues como se sostuvo en líneas precedentes el mismo se originó como consecuencia de la reclamación administrativa, en la cual se solicitaba el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no transferencia oportuna de las cesantías parciales al Fondo al cual se encontraba afiliado la demandante.

#### **Problema jurídico**

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

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

#### **Asunto preliminar**

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

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 ponente<sup>1</sup>.

No obstante, DASALUD, cuenta con autonomía presupuestal y administrativa y patrimonio propio, en consecuencia, el fallo se pronunciará contra la Gobernación del Departamento del Chocó, en consideración a que el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó no es un ente descentralizado en las condiciones y términos fijados por la Ley 489 de 1998 al no gozar de personería jurídica, tal como se indica en la ordenanza 024<sup>2</sup>, así las cosas, no tiene todas las características jurídicas para tenerla como pleno sujeto de derechos y obligaciones ya que pertenece al sector central del Departamento del Chocó, sin embargo, el restablecimiento del derecho se ordenará con cargo al

---

<sup>1</sup> 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 Estado<sup>1</sup>:

“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”<sup>1</sup>. 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 ley<sup>1</sup> y la jurisprudencia -recién citada- como la doctrina<sup>1</sup> 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”<sup>1</sup>, 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).

<sup>2</sup> Ver artículo 1º del Decreto ordenanza 912, del 01 de diciembre de 1997.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

presupuesto de dicha entidad, en virtud de su autonomía en esta materia, lo que supone la posibilidad de disponer, en forma independiente, de sus recursos<sup>3</sup>.

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 KAREN MACHADA TAPIA; para resolver el problema jurídico planteado la Sala abordará el estudio de los siguientes temas: 1.- Acto demandado, 2.- Cesantías, 3.- La Sanción moratoria y el 4.-El caso concreto.

**1.- Acto demandado.**

El acto demandado lo constituye el acto ficto o presunto consecuencia del silencio administrativo negativo originado en la petición de fecha 18 de marzo de 2010 al **DEPARTAMENTO DEL CHOCO – DASALUD EN LIQUIDACION**, con el cual se entiende se despacha desfavorablemente la petición de la señora MACHADO TAPIA (folios 19 a 24).

Ab initio, se precisa que si bien la demanda se presentó el 23 de abril del año 2013, es decir, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual entró a regir el 2 de julio de 2012<sup>4</sup>, 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 Constitucional<sup>5</sup> 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*

---

<sup>3</sup> 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

<sup>4</sup> Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011

<sup>5</sup> C- 304 de 1999, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo



## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

*negadas, para que pueda obrar de conformidad en defensa de los intereses particulares o generales que lo animan*". Afirmó además que consagra dicha norma el "**efecto**" que produce la falta de una respuesta por parte de la Administración, negativo para el peticionario por regla general.

Para el Consejo de Estado<sup>6</sup>, El silencio administrativo negativo tiene como propósito no sólo sancionar a la Administración negligente, sino conceder al administrado la garantía de demandar.

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

#### **2. Exigibilidad de las cesantías.**

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

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

Si bien las cesantías se liquidan anualmente, las mismas sólo son exigibles al término de la relación laboral; conforme al marco normativo reseñado, la entidad está obligada a liquidar las cesantías y a consignarla en la cuenta individual del trabajador en el Fondo Correspondiente, sin embargo, para el trabajador sólo son exigibles al terminar la relación laboral, sin perjuicio de que pueda hacer retiros parciales con el lleno de los requisitos legales<sup>9</sup>, sobre este tópico el Consejo de Estado precisó<sup>10</sup>:

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

<sup>7</sup> C.E., Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 6 de marzo de 2008, M.P. dr. Eduardo Gómez Aranguren

<sup>8</sup> C.E., Sección Segunda Sub Sección "B", sentencia del 13 de marzo de 2008, M.P. dra, Bertha Lucía Ramírez de Páez

<sup>9</sup> "*Las cesantías parciales se conceden mientras no haya desaparecido el vínculo que une a un empleado con el Estado, cuando se demuestra que han de utilizarse para ciertos fines, claramente señalados en los preceptos legales que regulen la materia, como por ejemplo, adquisición de vivienda. Las cesantías*"

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

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

...

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

...

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

### 3.- La sanción moratoria

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

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

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

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

---

*definitivas, como su nombre lo indica, se reconocen y pagan cuando se rompe el vínculo entre el funcionario y el Estado, es decir, cuando éste se retira del servicio”.*( C.E., Sección Segunda, sentencia del 30 de abril de 1997)

<sup>10</sup> *Ibidem*

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

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.”<sup>11</sup>.*

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.

De lo hasta aquí dicho, puede afirmar la Sala que la Ley 244 de 1995, artículo 1, subrogado por el artículo 4º de la Ley 1071 de 2006, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas y parciales, buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores.

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

El Consejo de Estado ha diferenciado claramente, las consecuencias que se derivan de la no consignación oportuna de las cesantías al respectivo fondo y la resultante del no pago de las cesantías al término de la relación laboral en los

---

<sup>11</sup> Gaceta del Congreso año IV - N°. 225 del 5 de agosto de 1995  
Página 11 de 17

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

siguientes términos<sup>12</sup>: “...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.

#### 4. El caso concreto

Se encuentra probado en el proceso que la señora KAREN MACHADO TAPIA, ingresó al Departamento Administrativo de Salud DASALUD, en el cargo de Odontóloga, en el tiempo comprendido el 06 de septiembre de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2007, el régimen aplicable es el anualizado.

Ahora bien, se afirmó en la demanda que la actora se retiró del servicio el 31 de diciembre del 2007, sin que la entidad accionada hubiere expedido acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sociales adeudadas, por lo que el 17 de noviembre de 2009, radica<sup>13</sup> ante el Agente Interventor de Dasalud Chocó, petición de reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías definitivas.

De otro lado existe constancia procesal que la señora MACHADO TAPIA, 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 29 del expediente.

Mediante auto interlocutorio 448 del 13 de marzo de 2014 el Tribunal solicitó a la parte demandante allegara copia del acta 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 KAREN MACHADO TAPIA, se

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

<sup>13</sup> Ver folios 5 al 10 del expediente

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

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 servicio<sup>14</sup>.

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 continuidad<sup>15</sup>; 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 KAREN MACHADO TAPIA, 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

---

<sup>14</sup> “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.”.

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

trabajo y las cesantías parciales solo son exigibles en los términos, requisitos y condiciones establecidas en la ley<sup>16</sup>

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

Así pues, la parte demandante no cumplió con la carga probatoria<sup>17</sup> 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 el certificado de extracto individual del Fondo Nacional del Ahorro, se puede colegir que a la señora KAREN MACHADO TAPIA, la entidad

---

<sup>16</sup>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.

<sup>17</sup> *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 que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.” Ídem pág 406.*

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

demandada haya consignado suma alguna por concepto de cesantías 2005 a 2007<sup>18</sup>

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

Ello de conformidad a que la ausencia de recursos suficientes para pagar oportunamente derechos derivados de un vínculo laboral no puede convertirse en excusa insuperable para la entidad empleadora encargada de efectuar reconocimientos y pagos prestacionales. Es su deber, por el contrario, adelantar las gestiones necesarias para atender tales obligaciones, que se encuentran íntimamente ligadas con el derecho al trabajo y la dignidad humana<sup>19</sup>. 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 negarán las suplicas de la demanda, como consecuencia de ello y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a DASALUD EN LIQUIDACION, consignar en el Fondo Nacional del Ahorro a la señora KAREN MACHADO TAPIAS, las cesantías de los años 2005 a 2007.

**Otras decisiones**

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

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

Así las cosas y dando alcance a la Ley 432 de 1998<sup>20</sup>, y al artículo 2º de la Ley 244 de 1995 que dispone: “Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el

---

<sup>18</sup> Ver folios 152 A 157

<sup>19</sup> Ver T-192 del 05 de marzo de 2003, M. P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

<sup>20</sup>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, teniéndose en cuenta los dos últimos números de NIT para fijar fechas de pago.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

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

**COSTAS:**

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

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

**FALLA**

**PRIMERO.** Se niegan las suplicas de la demanda.

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

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

---

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

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO**

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

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

**SEXTO:** no se impondrán costas.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

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

**MIRTHA ABADÍA SERNA**  
**Magistrada**

**(Aclara voto)**

**JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA**  
**Magistrado**

**(Ausente con excusa)**

**NORMA MORENO MOSQUERA**  
**Magistrada**