

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CHOCÓ

SENTENCIA No. 93

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

REFERENCIA: EXPEDIENTE 27001 23 31 003 2013 00028 00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE: MARIA IDALIDES CUESTA MOSQUERA
ACCIONADO: DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ – DASALUD EN
EN LIQUIDACION

PONENTE: Dra. 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 MARIA IDALIDES CUESTA MOSQUERA, 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.

PRETENSIONES

Las pretensiones que se formularon en la demanda son las siguientes:

“PRIMERO: QUE se dicte sentencia a favor de mi cliente el señora MARIA IDALIDES CUESTA MOSQUERA, y en contra de DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SALUD DEL CHOCODASALUD Y EL DEPARTAMENTO DEL CHOCO, en donde se decrete la nulidad del acto ficto presunto de los oficio de 14 DE ENERO DE 2010 y en consecuencia se condene a el departamento

del choco y a el departamento administrativo de salud choco, a el pago a la señora MARIA IDALIDES CUESTA MOSQUERA, de las cesantías de los años 2006 y 2007, Con sus intereses e indexación monetaria

SEGUNDO: *Que se condene a DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SALUD DEL CHOCO (DASALUD) Y A EL DEPARTAMENTO DEL CHOCO, a el pago de la indemnización de la carrera administrativa de mi cliente, con sus intereses e indemnización monetaria según lo estipulado en el artículo 176,177, y 178 del C.C.A*

TERCERO: *CONDENE a DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SALUD DEL CHOCO (DASALUD) Y A EL DEPARTAMENTO DEL CHOCO a el pago de las dotaciones de año 2007, con sus intereses e indemnización monetaria según lo estipulado en el artículo 176,177, y 178 del C.C.A*

CUARTO: *CONDENE A EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SALUD DEL CHOCO (DASALUD) Y A EL DEPARTAMENTO DEL CHOCO, al pago de la sanción moratorias de las cesantías de las mismas de los años 2006 y 2007. Que este pago se realice desde que han transcurrido los 45 días después que se venció cada anualidad, con su respectiva indexación e intereses hasta que se cancelen las cesantías definitivas, ya que no han sido consignadas al fondo nacional del ahorro.*

Desde que pasaron los 45 días hábiles cuando se cumplió la fecha en que debían consignar los dineros al fondo nacional del ahorro por concepto de cesantías. Hasta que se cancelen las mismas.

QUINTO: *CONDENE A DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SALUD DEL CHOCO (DASALUD) Y A EL DEPARTAMENTO DEL CHOCO a el pago de costas y costos del proceso*

HECHOS y OMISIONES:

Los hechos de la demanda se resumen así:

PRIMERO: La señora MARIA IDALIDES CUESTA MOSQUERA, laboró en Dasalud-Chocó, como Promotora Rural en el Centro de Salud de Lloró desde el 28 de marzo de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2007.

PRIMERO: Durante el tiempo laborado estuvo afiliada al Fondo Nacional del Ahorro, donde le consignaban sus cesantías, pero en el año 2007 no fueron consignadas.

TERCERO: La demandante ha realizado varias reclamaciones, para que se cancelaran las dotaciones, cesantías, intereses a las cesantías y sanción moratoria.

CUARTO: El departamento del Chocó y Dasalud le adeudan las dotaciones del año 2007

QUINTO: Dasalud-Chocó, firmó un acta de sustitución patronal con la ESE SALUD CHOCÓ, donde se obliga a asumir todas las deudas causadas con los funcionarios del 31 de diciembre de 2007 hacia atrás. Ya que todos los funcionarios de Dasalud pasaron a la ESE SALUD CHOCÓ, desde el 1° de enero de 2008, incluyendo a su cliente como consta en el acta de sustitución patronal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO, NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Relaciona la actora como fundamento jurídico de sus pretensiones, la Ley 244 de 1994, Ley 344 de 1996, el Código Sustantivo del Trabajo, el Código Contencioso Administrativo.

En lo referente al concepto de la violación expresa que con la actuación omisiva y negligente de la entidad demandada, se violaron las normas indicadas, por ser los funcionarios directos y encargados de la administración de los recursos del sector salud.

Aunque la sanción moratoria de las cesantías es un derecho accesorio, en el presente asunto es un derecho ya adquirido, por lo tanto el Estado está en la obligación de protegerlo.

Más aún cuando el trabajador, solicita el reconocimiento y pago de las cesantías y las normas y leyes que existen con relación a la materia, sabiendo que no sólo le está causando un perjuicio en el momento a los particulares que prestaron sus servicios profesionales en esa entidad o institución, sino que también se le causa en el detrimento económico de dicha entidad. Pero a largo plazo el único beneficiario es el funcionario y exfuncionario, ya que se le causa un detrimento a las arcas de la entidad y un aumento a las del particular.

Las entidades tiene la obligación de consignar las cesantías definitivas de sus empleados, al terminar cada anualidad al Fondo Nacional del Ahorro, o al fondo que estén afiliados. Por el sólo hecho que Dasalud no lo ha hecho, se violan los derechos laborales adquiridos por la actora y los preceptos legales al respecto.

TRÁMITE DEL PROCESO

La demanda fue admitida mediante auto interlocutorio número 069 del 12 de febrero de 2013 (folios 62 - 64).

Mediante auto interlocutorio número 377 del 14 de mayo de 2012, se ordenó suspender el proceso para realizar la notificación al Liquidador de DASALUD, posteriormente con auto interlocutorio número 512 del 24 de junio de 2013, se ordenó reanudar el trámite del mismo.

Con auto de interlocutorio número 811 del 12 de agosto de 2013, se ordenó que continuara el proceso en secretaría hasta que venciera el término de traslado de la demanda. Con auto de sustanciación número 281 del 16 de octubre de 2013, se programó la audiencia inicial (fl.111 – 112).

El día 9 de diciembre 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 78 visible a folios 177 -185 del expediente (C.D anexo.)

De conformidad con el acta número 026 del 26 de febrero de 2014 se realiza la audiencia de prueba de que trata el artículo 181 del C.P.A.C.A, (visible a folio 233 - 236 anexo c.d.), en la que se ordenó a las partes y al Ministerio Publico la presentación de los alegatos de conclusión por escrito.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ: Con escrito obrante a folios 103 a 106 la apoderada del Departamento del Chocó manifestó que: “(...) *EN CUANTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA. Por las razones expuestas en precedencia y en aras de defender los intereses de la entidad que representó, ME OPONGO categóricamente a las pretensiones de la demanda, por cuanto, no le asistía responsabilidad patrimonial de responder AL DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ, por una obligación que no genero y en la cual no está obligado a responder, dado que DASALUD, es una entidad que goza de capacidad de cumplir sus obligaciones.*”

DASALUD EN LIQUIDACION: Contestó la demanda fuera del término de traslado.

ALEGATOS

La parte demandante

Mediante memorial obrante a folios 245 al 252 del expediente, la apoderada judicial de la parte demandante manifiesta: que la actora tuvo una relación laboral con Dasalud hasta el 31 de diciembre de 2007, ya que por la sustitución patronal que firmó dicha entidad, todos los funcionarios pasaron a la ESE Salud Chocó, desde del 1 de enero de 2008 y, Dasalud se comprometió a asumir la deuda

causada con sus empleados desde el 31 de diciembre de 2007 hacia atrás; la actora fue una de las funcionarias que pasó a la ESE, pero en el año 2009 se suprimió el cargo que desempeñaba, por eso, el 14 de enero de 2010, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías y la sanción moratoria.

La ESE no le quedó debiendo dinero alguno a la actora, los que se le adeudan, son los causados antes de la firma del acta de sustitución patronal.

La parte demandada Dasalud en Liquidación

El apoderado de la parte demandada DASALUD en Liquidación mediante escrito de fecha 18 de febrero de 2014 visible a folios 237 - 244 expresó en síntesis lo siguiente:

“(..).

Por su parte en lo que respecta de la 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” y que se constituye en uno de los principio fundantes del derecho, aludo a e lo dado que la sanción moratoria derivada del no pago de las cesantías definitivas no es más que la consecuencia accesoria del reconocimiento de la obligación (..)”.

Departamento del Chocó

No existe constancia procesal, que haya alegado de conclusión.

El Ministerio Público:

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

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 controvertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

Asunto preliminar

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

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 1997 la ordenanza 024², así las cosas, no tiene todas las características jurídicas para tenerla como pleno sujeto de derechos y obligaciones ya que pertenece al sector

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.

central del Departamento del Chocó, sin embargo, el restablecimiento del derecho se ordenará con cargo al presupuesto de dicha entidad, en virtud de su autonomía en esta materia, lo que supone la posibilidad de disponer, en forma independiente, de sus recursos³.

Problema jurídico

Se trata en este caso de establecer la legalidad del acto ficto o presunto resultante de la petición de fecha 14 de enero de 2010, por medio del cual se entiende que la entidad accionada niega el reconocimiento y pago de las cesantías definitiva y la correspondiente 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; y de las dotaciones del año 2007.

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 de los años 2006 y 2007, y la sanción moratoria reclamada por el pago tardío de sus cesantías definitivas, consagrada en el artículo 2º de la Ley 244 de 1995.

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 MARIA IDALIDES CUESTA MOSQUERA; 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 14 de enero de 2010 al **DEPARTAMENTO DEL CHOCO – DASALUD EN LIQUIDACION**, con el cual se entiende se despacha desfavorablemente la petición de la señora FLAMINIA SALCEDO ASPRILLA (folios 40 - 41).

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

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

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.

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 reclamación administrativa, que da origen al acto demandado fue radicado en la administración el 14 de enero 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.

Revisado el proceso se observa, que a folios 12 al 13, la parte actora solicitó a la entidad hoy demandada, el reconocimiento y pago de sus salarios, cesantías, intereses de las cesantías, dotaciones, horas extraS, sanción moratoria. Reclamación que tiene la constancia de recibido; por lo que a la parte demanda le correspondía tachar la misma de falsa para verificar su veracidad y, que efectivamente fue presentada ante la entidad hoy demandada.

2.- Las cesantías

⁴ Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011

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

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

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 Promotora Rural en Salud desde el 28 de marzo de 2007, se afirma sin dubitación que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las cesantías⁹, prestación social a favor del empleado a cargo del empleador consagrada en la legislación, en un amplio número de disposiciones¹⁰.

⁷ **Artículo 17º.-** 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 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

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...”

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:

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”.

“...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.

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

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

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

¹² 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.

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

La actora ingresó al Departamento Administrativo de Salud DASALUD, el 20 de marzo de 2007 como Promotora Rural. (folio 17).

Se afirmó en la demanda que la señora MARIA IDALIDES CUESTA MOSQUERA, 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 14 de enero de 2010, radica¹³ ante el Agente Interventor de Dasalud Chocó, petición de reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías definitivas.

En el extracto individual de cesantías de fecha 23 de enero de 2014, visible a folios 230 a 231 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 al año 2007, y tampoco existe constancia procesal 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 del año 2007 de la demandante.

De otro lado, existe constancia procesal que la señora Cuesta Mosquera laboró para Dasalud hasta el 31 de diciembre de 2007, según lo expresado por la parte demandante en los hechos de la demanda y que no fue objetado por la parte accionada.

A folios 19 – 41 del expediente reposa el 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 MARIA IDALIDES

¹³ Ver folios 40 - 41 del expediente

CUESTA MOSQUERA, se encuentra incluida entre los empleados que migraron de DASALUD - CHOCÓ a la ESE SALUD CHOCÓ.

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

De lo anterior se colige que la actora tuvo **una** relación laboral y que para efectos de la liquidación de sus cesantías no existió solución de continuidad¹⁵; por lo que en 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 MARIA IDALIDES CUESTA MOSQUERA, 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

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

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

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

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

trabajo y las cesantías parciales solo son exigibles en los términos, requisitos y condiciones establecidas en la ley¹⁶

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

De conformidad con lo probado en el proceso y aceptado por la demandada¹⁸, el Departamento Administrativo de Salud DASALUD, aún no ha consignado al Fondo Nacional del Ahorro las cesantías correspondiente al año 2007.

¹⁶El artículo 102 de la Ley 50 de 1990, dispone:

"ARTICULO 102.El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en siguientes casos:

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

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

¹⁷ De manera más detallada el tratadista DevisEchandía expone lo siguiente: *“Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 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.

¹⁸ Ver folio 144 del expediente.

No obstante lo afirmado, no puede desconocer igualmente la Sala, que de acuerdo a lo manifestado por el Fondo Nacional del Ahorro en escrito de fecha 23 de enero de 2014, y tal como consta en el extracto individual se cesantías visible a folios 230 a 231 del expediente se observa que la entidad ESE SALUD CHOCÓ, aportó y reportó cesantías a nombre de la señora MARIA IDALIDES CUESTA MOSQUERA, correspondiente a las vigencias fiscales de 2008 a 2010, por lo que la Sala en aplicación del artículo 103 del Código de *Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, que establece: “Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico”, conminará al Gerente Liquidador del Departamento Administrativo de Salud del Chocó para que en cumplimiento de la Ley 432 de 1998 y demás normas concordantes, transfiera al Fondo Nacional del Ahorro los valores correspondiente a las cesantías parciales de la señora MARIA IDALIDES CUESTA MOSQUERA, a la mayor brevedad posible el valor de las cesantías correspondiente al año 2007.

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 humana¹⁹. 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 accederá parcialmente a las suplicas de la demanda y para garantizar los derechos laborales ciertos e irrenunciables consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política se ordenará a DASALUD EN LIQUIDACION, consignar en el Fondo Nacional del Ahorro a la señora MARIA IDALIDES CUESTA MOSQUERA, las cesantías del año 2007.

Otras decisiones

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

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 1998²⁰, 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 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

²⁰ ARTICULO 60. 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.

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

PRIMERO. DECLARAR la nulidad parcial del acto ficto o presunto resultado del silencio administrativo de fecha 14 de enero de 2010.

SEGUNDO. Como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho **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 MARIA IDALIDES CUESTA MOSQUERA, por el año 2007.

TERCERO: Niéguese el reconocimiento de la sanción moratoria.

CUARTO: Por Secretaria, 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: No se impondrán costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

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

MIRTHA ABADÍA SERNA

Magistrada
(aclara voto)

JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Magistrado
(ausente con permiso)

NORMA MORENO MOSQUERA

Magistrada