

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

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-014-2017-00136-01
Demandante	MARGARITA BOLAÑO ESQUIROL
Demandado	ESE CENTRO DE SALUD CON CAMA MANUEL H. ZABALETA G.
Tema	<i>Revoca parcialmente – La sanción moratoria se causa una vez vencido el plazo para el pago de las cesantías definitivas – La demandante no tiene derecho al pago de horas extras, por hacer parte del nivel profesional de la ESE, y no contar con autorización escrita y previa del trabajo suplementario – No se cumple la carga mínima argumentativa respecto de algunos puntos objeto de apelación.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante¹, contra la sentencia proferida el diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)², por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA³.

3.1.1 Pretensiones⁴.

1.- Que se declare la existencia y la nulidad del acto administrativo ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo frente a la petición del 15 de mayo de 2015, presentada ante la entidad demandada, mediante la cual solicitaba el reconocimiento y pago de salarios, turnos extra, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad, bonificación especial de recreación, auxilio de cesantías, sus intereses y la sanción moratoria por el pago tardío de este concepto, liquidación e indemnización por el no pago de dicha liquidación, así como los aportes a pensión y salud adeudados.

¹ Fols. 49 – 51 doc. 04 exp. Digital.

² Fols. 14 – 44 doc. 04 exp. Digital.

³ Fols. 1 – 12 doc. 02 exp. Digital.

⁴ Fols. 5 – 6 doc. 02 exp. Digital

2.- Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reconocimiento y pago de los siguientes:

- La suma de \$2.173.920 por concepto de salario correspondiente a mes de julio de 2012
- El valor de \$2.173.920 por concepto de los turnos extras elaborados durante el periodo comprendido entre el 19 de junio al 31 de julio de 2012.
- Los salarios correspondientes a los meses de agosto de 2012 a febrero de 2013, en virtud de la ineficacia de la finalización laboral.
- La devolución de los porcentajes descontados y no cotizados correspondientes al 4% de cada salario percibido durante el término de la relación laboral, con destino al pago de la seguridad social en salud y presiones o la realización del correspondiente calculo actuarial.
- Los demás derechos solicitados.

3.- Que las condenas anteriores sean debidamente indexadas desde la fecha de desvinculación hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, dando cumplimiento a la sentencia de conformidad con el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, así como el pago de intereses moratorios o comerciales en caso de no efectuarse el pago de manera oportuna, y la condena en costas.

3.1.2 Hechos⁵.

La parte demandante relató que, estuvo vinculada a la ESE Centro de Salud con Cama Manuel H. Zabaleta G mediante Resolución No. 106 del 06 de marzo de 2012 y acta de posesión de la misma fecha, desempeñando el cargo de médico en servicio social obligatorio, durante el periodo comprendido entre el 06 de marzo hasta el 31 de julio de la misma anualidad. Así mismo, sostuvo que, su asignación salarial ascendía a la suma de \$2.173.920,00, estando obligada a cumplir *“turnos de 24 horas – disponibilidad – consulta externa hasta completar 24 días y posteriormente seis (6) días compensados”*

Enunció que, durante el tiempo de vinculación laboral, la entidad accionada no la afilió a salud ni pensiones, a pesar de que mes a mes efectuó descuentos por dichos conceptos, sin los correspondientes aportes patronales, ni trasladó estos a las administradoras en salud y pensión, razón por la cual, el 31 de julio de 2022 solicitó el reembolso del dinero descontado.

Alegó que, el 19 de junio de 2012, la médica de planta de la ESE entró a gozar de su licencia de maternidad, sin que se hubiera vinculado un médico en su reemplazo, por ello, aumentó su carga laboral frente a la atención en el servicio de urgencias y la remisión de pacientes a la ESE, viéndose afectado su tiempo de descanso, pues laboró 11 turnos extras desde el 19 de junio de 2012 al 31 de

⁵ Fols. 1 – 4 doc. 02 exp. Digital.

julio del mismo año, los cuales no le fueron cancelados a pesar de las distintas solicitudes presentadas. Al respecto, indicó que el valor de los turnos extras fue fijado en \$250.000, ascendiendo la deuda a \$2.750.000,00.

Explicó que, ante las situaciones referidas se vio obligada a presentar su renuncia irrevocable al cargo, el 31 de julio de 2012, configurándose así, un despido indirecto y la ineficacia de la terminación de la relación laboral, quedando obligada la entidad a pagar los salarios de los siete meses restantes para completar el año de servicio social obligatorio.

Señaló que, el 04 de mayo de 2015, envió petición a la entidad para obtener el reconocimiento y pago de salarios, turnos extra, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, bonificación especial de recreación, auxilio de cesantías, sus intereses y la sanción moratoria por el pago tardío de este concepto, liquidación e indemnización por el no pago de dicha liquidación, así como los aportes a pensión y salud adeudados, como quiera que habían transcurrido 3 años desde la renuncia al cargo, sin que se hubieran pagado los mismos. No obstante, indicó que la entidad a la fecha de presentación de la demanda, pasados 4 meses desde la presentación de la solicitud, no ha notificado respuesta alguna, configurando así el silencio administrativo negativo.

Por último, resaltó que su derecho de petición fue amparado mediante sentencia de tutela del 21 de enero de 2016, proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Mompo, mediante la cual se le ordenó a la ESE en comento, dar respuesta a la solicitud del 23 de abril de 2015, sin que a la fecha haya obtenido la respuesta ordenada.

3.2 CONTESTACIÓN.

Advierte la Sala que pese a haberse notificado en debida forma a la entidad demandada⁶, la ESE Centro de Salud con Cama Manuel H. Zabaleta G. no contestó la demanda en referencia.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁷.

Por medio de providencia del 19 de diciembre de 2019, el Juez Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

El A-quo tuvo por demostrada la existencia del vínculo legal y reglamentario entre la actora y la ESE en virtud del nombramiento para cumplir el servicio social obligatorio⁸, desde el 06 de marzo al 31 de julio de 2006, percibiendo una remuneración de \$2.173.920 y siéndole aplicable el Decreto 1045 de 1978.

⁶ Fols. 9 – 11 y 15 doc. 02 exp. Digital.

⁷ Fols. 14 – 44 doc. 04 exp. Digital.

⁸ Fols. 41 – 43 doc. 01 exp. Digital.

Frente a la falta de pago de los derechos reclamados, sostuvo que, por tratarse de una negación indefinida, se invertía la carga de la prueba, correspondiéndole al empleador demostrar el cumplimiento de sus obligaciones laborales, sin embargo, la entidad guardó silencio dentro del proceso.

Así las cosas, con base en las pruebas documentales obrantes en el plenario, concluyó que la demandante tenía derecho al reconocimiento de: (i) el salario correspondiente al mes de julio de 2006, por valor de \$; (ii) el pago de la suma de \$437.875, por concepto de las vacaciones proporcionales a los 145 días laborados; (iii) el pago de \$437.875 a título de prima de vacaciones parciales por el tiempo trabajado; (iv) a la bonificación especial de servicios parcial, consistente en \$58.290; (v) al pago de prima de navidad en cuantía de \$724.640; y (vi) al auxilio de cesantías e intereses de cesantías por las sumas de \$875.606 y \$42.320, respectivamente.

Por otro lado, negó los siguientes derechos y bajo los términos que se pasan a relacionar:

- (i) Prima de servicios, no constituye una prestación social que deba ser reconocida a la actora, conforme al Decreto 1045 de 1978, por el contrario, es un factor salarial respecto del cual no le asiste derecho, por no ser beneficiaria del régimen salarial previsto en el Decreto 1042 de 1978;
- (ii) Turnos extras, estos correspondían a trabajo suplementario que debía cumplir la actora en el servicio social obligatorio, además su cargo era de nivel profesional, es decir, que no encuadraba dentro de los niveles técnico o asistencial, previstos para el reconocimiento de tal derecho;
- (iii) La indemnización establecida en el art. 65 del CST, y el pago de los salarios no laborados por declaratoria de ineficacia del vínculo laboral, por no ser una normatividad aplicable a los empleados públicos;
- (iv) Sanción moratoria por pago tardío de cesantías, debido a que, la demandante solicitó su reconocimiento antes de su causación, es decir, antes de vencer los 70 días con los que contaba la entidad para cancelar las cesantías; y
- (v) Devolución de las sumas descontadas por nómina para el pago de seguridad social que encontró no cotizados, por ser propiedad del sistema, debiendo, por un lado, hacerse el respectivo pago de los aportes a pensión, con destino al fondo de pensiones al cual se encuentra afiliada la demandante en la actualidad, por ser estos imprescriptibles; por otro lado, las cotizaciones a salud dejadas de efectuar por falta de afiliación con destino al Fosyga o al ADRES.

3.3 RECURSO DE APELACIÓN⁹

La parte demandante solicitó que se revocara el numeral quinto de la decisión anterior, que dispuso negar las demás pretensiones formuladas en la demanda y en su lugar, se ordene su reconocimiento y pago.

Frente a la sanción moratoria por no pago de cesantías, alegó que el A-quo erró en sus consideraciones, pues a su juicio, la sanción moratoria opera por ministerio de la Ley y no existe un requisito adicional a la presentación de la petición de reconocimiento de las cesantías, para que se produzca la obligación de pagar un día de salario por cada día de retardo en el pago de las mismas, una vez vencidos los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud.

En cuanto a la negativa del reconocimiento de los turnos extras, bajo el argumento de que la actora no pertenecía al nivel técnico o asistencial, estimó que las relaciones laborales atienden al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, motivo por el cual, al estar demostrado que laboró turnos extras se hace obligatoria su remuneración, conforme al artículo 53 de la Carta Política.

En lo que atañe a la indemnización establecida en el artículo 65 del CST, los salarios no laborados por declaratoria de ineficacia del vínculo laboral, y la prima de servicios, negados en la sentencia recurrida, no manifestó de manera específica sus motivos de inconformidad.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal mediante acta individual de reparto del 22 de junio de 2021¹⁰, siendo admitida por medio de providencia del 26 de enero de 2022¹¹, habiéndose ordenado correr traslado a las partes para alegar de conclusión, en la misma oportunidad.

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante¹²: Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de alzada, aclarando que su solicitud se sustenta en el artículo 5 de la ley 1071 de 2006 y el Decreto Ley 1042 de 1978.

3.6.2. Parte demandada y Ministerio Público: No emitieron pronunciamiento al respecto.

⁹ Fols. 49 – 51 doc. 04 exp. Digital.

¹⁰ Doc. 10 exp. Digital.

¹¹ Doc. 12 exp. Digital.

¹² Doc. 15 exp. Digital.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA. De igual forma, es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del CGP.

5.2 Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

¿A la demandante, en su condición de médico en servicio social obligatorio, tiene derecho a que le sean reconocidas y pagadas, la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, turnos extras, la indemnización establecida en el artículo 65 del CST, los salarios no laborados entre agosto de 2012 a febrero de 2013, por declaratoria de ineficacia del vínculo laboral, y la prima de servicios?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala REVOCARÁ PARCIALMENTE la sentencia apelada, EN EL SENTIDO DE ordenar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en favor de la demandante, por estar demostrada su causación ante el no pago oportuno de las cesantías definitivas a que tenía derecho, desde 14 de noviembre de 2012 hasta que se efectuó el pago de las cesantías correspondientes; además, la prescripción no operó pues la accionante interrumpió dicho fenómeno con la presentación de la reclamación el 15 de mayo de 2015 y la presentación de la demanda el 16 de junio de 2017.

En lo que concierne a los turnos extras, no se acreditó el cumplimiento de los requisitos previstos en los literales a y b del art. 36 del Decreto 1042/1978, pues su vinculación como médico en servicio social obligatorio en la ESE, permite colegir que hace parte del nivel profesional de la institución; además, no se advierte la existencia de autorización escrita y previa del trabajo suplementario.

Se abstiene la Sala de estudiar lo atinente a los otros derechos negados por el A-quo, puesto que el apelante, no cumplió con la carga mínima argumentativa que le corresponde.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. De la prestación del servicio social obligatorio (SSO)

La Ley 50 de 1981, creó el Servicio Social Obligatorio en todo el territorio nacional como una obligación impuesta a todas aquellas personas con formación tecnológica o profesional dentro del campo de la medicina, para legalizar el título obtenido, de acuerdo con los niveles establecidos en el artículo 25 del Decreto - Ley 80 de 1980. De conformidad con el artículo 6 de la Ley referida, el régimen prestacional de quienes presten el Servicio Social Obligatorio corresponde al de la Institución a la que se vinculen.

Por su parte, el Ministerio de Salud mediante la Resolución 795 del 22 de marzo de 1995¹³, en el numerales 7 y 8 del artículo 1 dispuso que la vinculación de los profesionales cuente con la disponibilidad presupuestal respectiva y en ningún caso su remuneración sea inferior a los cargos de planta en las instituciones en la cual presten sus servicios, además el profesional que presta el SSO gozará de las mismas garantías del personal de planta.

La Ley 1164 del 2007, modificatoria de la Ley 50 de 1981, fue reglamentada por la Resolución 1058 del 2010, expedida por el Ministro de Protección Social, la cual en su artículo 15, señaló:

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

Esta situación referida a la remuneración de quienes prestan el servicio social obligatorios fue claramente definida por el Consejo de Estado¹⁴, al señalar que *"(...) quienes desempeñen un cargo bajo esta denominación cuentan con los mismos derechos salariales y prestaciones del personal de planta de la entidad¹⁵. En consecuencia, no pueden estar vinculados bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios ni siquiera cuando se trate de Empresas Sociales del Estado, dado que la normatividad que regula la materia no consagra para el efecto ningún tipo de excepción (...)"*.

¹³ "Por la cual se establecen los Criterios Técnico Administrativos para la prestación del Servicio Social Obligatorio"

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 25 de marzo del 2010. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Número interno 1131-09.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, sentencia del 16 de abril de 2009, No. Interno: 0694-07, C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

5.4.2 Régimen salarial y prestacional de los médicos en servicio social obligatorio

El Artículo 195 de la Ley 100 de 1993, relacionado con las normas aplicables a los servidores públicos de las ESE señaló que las personas vinculadas a esta, tendrían el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990. Dicha ley dispuso:

"ARTÍCULO 26. Clasificación de empleos.

En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. Son empleos de libre nombramiento y remoción:

(...)

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.

PARÁGRAFO. Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones."

"Artículo 30. Régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos. (...)

A los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la presente Ley"

Los empleados públicos que fueron nombrados y posesionados en empleos de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 10 de 1990, tendrán derecho al reconocimiento y pago de elementos salariales y prestacionales propios de la respectiva entidad territorial.

Mediante el Decreto 1919 de 2002, el Gobierno Nacional estableció que a partir del 1º de septiembre de 2002 (fecha de entrada en vigencia de la disposición), las prestaciones sociales a que tienen derecho los empleados públicos de las entidades del Estado del orden territorial son aquellas propias de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden Nacional, contenidas en el Decreto 1045 de 1978, creadas para los empleados públicos del nivel nacional.

En consecuencia tendrán derecho, entre otras, al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones sociales: a) vacaciones, b) prima de vacaciones, c) bonificación por recreación, d) prima de navidad, e) subsidio familiar, f) auxilio de cesantías, g) intereses a las cesantías (en el régimen con liquidación anual), h) dotación de calzado y vestido de labor, i) pensión de jubilación, j) indemnización sustitutiva de pensión de jubilación, k) pensión de sobrevivientes, l) auxilio de enfermedad, m) indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional, n) auxilio funerario, ñ) asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, servicio odontológico, o) pensión de

invalidez, p) indemnización sustitutiva de pensión de invalidez, y q) auxilio de maternidad.

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1 Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

De conformidad con el artículo 328 del CGP, aplicable al asunto por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, se tiene que la competencia del superior se limita únicamente a los argumentos expuestos en el recurso de alzada, por lo que esta Sala efectuará su estudio desde el punto de vista de las inconformidades argumentadas por el apelante, en el siguiente orden:

- De la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

El A-quo negó el referido derecho, por estimar que el mismo es de carácter autónomo, es decir, que se causa por el incumplimiento del término legal para pagar las cesantías, que corresponde a 70 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, y solo fenecido este plazo, se genera el derecho a la sanción; sin embargo, encontró demostrado que el actor presentó solicitud de pago de cesantías el 15 de mayo de 2015¹⁶ y en el mismo escrito pretendió el pago de la sanción moratoria, cuando no se había ocasionado el mentado derecho, pues la entidad no había incurrido en mora para el pago de las cesantías, dado que estas solo se generarían pasados 71 días hábiles siguientes a la presentación de la petición.

Por su parte, la parte actora manifestó que, contrario a lo expuesto por el A-quo, no existe un requisito adicional a la presentación de la petición de reconocimiento de las cesantías, para que se produzca la obligación de pagarla sanción moratoria, pues esta se genera de forma automática, una vez vencidos los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, motivo por el cual se debió reconocer y ordenar el pago de la sanción discutida como quiera que la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas fue presentada el 15 de mayo de 2015.

En primer lugar, se recuerda que, según lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y 1º a 6º de la ley 1071 de 2006, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las cesantías definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la resolución de reconocimiento correspondiente y tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social. En caso de mora en el pago de las cesantías, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios

¹⁶ Fols. 17 – 23 doc. 01 exp. Digital.

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.

En ese sentido, resulta claro que la sanción moratoria se causa a partir del momento en que el empleador incumple los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías, parciales o definitivas; sin embargo, no debe perderse de vista que la sanción moratoria si bien se produce en torno al auxilio de cesantías, no es accesoria a este, en otras palabras, no depende directamente de su causación o reconocimiento, ni hacen parte del mismo, pues se provocan de forma excepcional, ante el incumplimiento de los plazos dispuestos para el pago de las cesantías.

Respecto al momento a partir del cual se hace exigible este derecho, se precisa que, la reclamación de la indemnización por la mora en el pago de las cesantías debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa el retraso, pues desde allí nace el derecho, y la consecuente posibilidad de solicitar su reconocimiento ante la administración.

Bajo las consideraciones anteriores, y de cara al acervo probatorio obrante en el proceso, se tiene que la señora Margarita Bolaño, se vinculó a la ESE demandada, mediante Resolución No. 106 del 06 de marzo de 2012¹⁷, en el cargo de médico en servicio social obligatorio, habiendo tomado posesión en la misma fecha¹⁸.

Que, a partir del cese de su vinculación, el 31 de julio de 2012¹⁹, en razón a la presentación de una renuncia irrevocable, se creó en cabeza de la administración la obligación de reconocerle la liquidación de sus prestaciones sociales definitivas, sin embargo, dicho ente no lo hizo, por lo que la accionante presentó escrito de petición solicitando el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales (entre ellas las cesantías) y la sanción moratoria, el **15 de mayo de 2015**²⁰. La entidad no se pronunció frente a la petición elevada, configurándose así, el silencio administrativo negativo.

De entrada, se precisa que la Sala no comparte el argumento expuesto por el A-quo para negar la sanción moratoria, pues al momento de dictar sentencia de primera instancia, tuvo por demostrado el no pago de las cesantías definitivas a las cuales tenía derecho la accionante dentro del tiempo legalmente establecido ni por fuera de este, motivo por el cual ordenó su reconocimiento y consecuente pago; olvidando que, el retraso en el pago de las cesantías genera de forma inmediata o automática la obligación a cargo

¹⁷ Fols. 42 – 43 doc. 01 exp. Digital.

¹⁸ Fol. 41 doc. 01 exp. Digital.

¹⁹ Fol. 34 doc. 01 exp. Digital.

²⁰ Fols. 17 – 23 doc. 01 exp. Digital.

del empleador de pagar 1 día de salario retardo por cada día de retardo, esto es, la denominada sanción moratoria.

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

Primera Etapa	
La accionante dejó de prestar sus servicios a la ESE Centro de Salud con Cama Manuel H. Zabaleta G.	31 de julio de 2012
Expedición del acto administrativo (15 días)	23 de agosto de 2012 (no expidió el acto – se configura silencio administrativo negativo)
Ejecutoria del acto administrativo (10 días) CPACA	06 de septiembre de 2012
Segunda Etapa	
Pago de la obligación (45 días)	13 de noviembre de 2012

Como vemos, el plazo para efectuar el pago de las cesantías definitivas de la accionante feneció el **13 de noviembre de 2012**, sin que se haya aportado constancia de su pago hasta este momento.

A pesar de lo anterior, el apelante viene sosteniendo que se hizo la solicitud de pago de las prestaciones sociales el 15 de mayo de 2015, luego, los 70 días hábiles con los que contaba la administración para proceder con su pago, vencían el 01 de septiembre de ese año, por lo que a partir del 02 de septiembre de 2015, se genera la sanción moratoria, asistiéndole razón al impugnante, pues al momento de producirse el fallo de primera instancia ya había lugar al su reconocimiento.

- Prescripción

Como quiera que la sanción moratoria se hizo exigible a partir del 13 de noviembre de 2012, la demandante tenía hasta el 13 de noviembre de 2015 para solicitar su reconocimiento y pago, al realizarlo el 15 de mayo de 2015, se interrumpió la prescripción y la demanda fue presentada el 16 de junio de 2017²¹, es decir, dentro de los tres (3) años siguientes a su solicitud, los cuales vencían el 15 de mayo de 2018. Por esta razón, no hay lugar a declarar la prescripción de la misma.

En ese orden de ideas, la entidad demandada, en su calidad de pagadora de la cesantía reclamada, incurrió en una mora por el no pago oportuno de las cesantías a la accionante, en razón de 1 día de salario por cada día de retardo, desde el 02 de septiembre de 2015, hasta la fecha en la que efectivamente se

²¹ Fol. 12 doc. 01 exp. Digital.

verifique el pago de las cesantías definitivas reclamadas, teniendo como salario base para su liquidación la suma de \$2.173.920 / 30, para un salario básico diario de setenta y dos mil cuatrocientos sesenta y cuatro (\$72.464), que a la fecha de esta sentencia, van corridos 7 años, 2 meses y 28 días, es decir, un total de 2.608 días, que corresponde a la suma de ciento ochenta y ocho millones novecientos ochenta y seis mil ciento doce pesos (\$188.986.112); sin perjuicio de los días que se generen con posterioridad a esta sentencia hasta el momento del pago.

El pago anterior se hará de manera actualizada, puesto que, no se puede indexar el periodo en que se causó la sanción, pero debe aplicarse el inciso final del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 bajo la siguiente formula aplicada por el Consejo de Estado:

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

La anterior interpretación se hace acorde a la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, el 17 de octubre de 2019:

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

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

Por lo antes expuesto, este cargo prospera.

- Turnos extras.

El artículo 33 de la ley 1042 de 1978, aplicable a los empleados públicos del orden territorial, prevé como regla general, que la jornada ordinaria laboral corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales,

Respecto a las horas extras, el Consejo de Estado²², al resolver un asunto similar, precisó que el reconocimiento y pago de la aludida prestación para empleados públicos del orden territorial, es excepcional y está sometido a los siguientes requisitos, de conformidad con los artículos 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978:

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 13001-23-31-000-2001-01794-01(1701-13), M. P.: César Palomino Cortés.

- a) *"El empleo o del funcionario que va a trabajarlas deberá tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos*
- b) *El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.*
- c) *El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del 25% o del 75 % sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo, según se trate de horas extras diurnas o nocturnas. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del citado Decreto 1042 se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.*
- d) *En ningún caso podrán pagarse más de 40 horas extras mensuales.*
- e) *Si el tiempo laborado fuera de la jornada ordinaria superar dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada 8 horas extras de trabajo"*²³.

Ahora bien, el artículo 13 de la Ley 10 de 1989²⁴, modificó los literales a) y d) del artículo 36 y el literal a) del artículo 40 del Decreto 1042 de 1978, indicando que para efectos del pago de horas extras, dominicales y festivos y el reconocimiento de descanso compensatorio: i) el empleo deberá pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 09 del nivel técnico y ii) en ningún caso podrá pagarse más de cincuenta (50) horas extras mensuales.

En el caso bajo estudio, la Sala advierte que la demandante no cumple con el presupuesto previsto en el literal a), pues su vinculación como médico en la ESE Centro de Salud con Cama Manuel H. Zabaleta G., de entrada, permite colegir que hace parte del nivel profesional de la institución, según lo dispuesto en los artículos 18 y 21 del Decreto-Ley 785 de 2005. Lo anterior, se corrobora con la Resolución de nombramiento No. 106 del 06 de marzo de 2012²⁵, en donde se consigna que la Dra. Margarita Bolaño Esquirol (Médico) se encuentra en el nivel profesional, motivo por el cual no tendría derecho al pago de horas extras.

De otro lado, pese a que la parte actora aportó el expediente comunicación del 09 de junio de 2012²⁶, suscrita por el gerente de la entidad accionada, donde se informa que, a partir de la fecha, recibiría una bonificación mensual de \$250.000 por concepto de turnos extras, según la disponibilidad presupuestal; nótese que el referido documento no suple la autorización escrita y previa del trabajo suplementario establecida en el literal b), pues en esta debían especificarse las actividades a desarrollar; además debían probarse los días en los cuales se laboró y la cantidad de horas extras o trabajo suplementario, lo que aquí no aconteció.

23 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 6 de julio de 2006, proceso con radicado 15001-23-31-000-2000-03000-01 (4741-05) M. P. Ana Margarita Olaya Forero,

²⁴ "Por el cual se establecen las escalas de remuneración de los empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas especiales del Orden Nacional, y se dictan otras disposiciones en materia salarial"

²⁵ Fols. 41 – 43 doc. 01 exp. Digital.

²⁶ Fol. 36 doc. 01 exp. Digital.

Por consiguiente, al no haber demostrado la actora, los supuestos de hecho que permitieran el reconocimiento de las horas extras reclamadas, se confirmará la providencia apelada.

- Demás derechos pedidos.

Si bien en el escrito del recurso de alzada, la demandante solicitó que se revocara el numeral quinto del fallo de primera instancia, que negó el reconocimiento y pago de la indemnización establecida en el artículo 65 del CST, los salarios no laborados entre agosto de 2012 a febrero de 2013, por declaratoria de ineficacia del vínculo laboral y la prima de servicios; de la lectura del mismo no es posible extraer las inconformidades que tiene la actora frente a los argumentos expuestos por el A-quo para sustentar su decisión, incumpliendo así, la carga mínima procesal de sustentar el recurso interpuesto de manera suficiente y adecuada.

En efecto, el H. Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento, al referirse a la sustentación material del recurso de apelación, anotó lo siguiente:

“(...) así como los interesados tienen el derecho a conocer las razones que justifican las decisiones que se adoptan, también resulta exigible a estos, cuando pretendan cuestionar esas decisiones, expresar de manera concreta los motivos de su divergencia. (...)

También hay que resaltar que las distintas Secciones que conforman la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado han prolijado la necesidad de que el recurso de apelación debe ser adecuadamente sustentado, so pena de que la sentencia objeto de impugnación sea confirmada por ausencia de objeto de la censura (...)

En ese sentido, la Sala debe reiterar que la apelación se encuentra limitada a los aspectos indicados por la impugnante en su recurso, en tanto a través de ella se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial, por lo cual corresponde a los recurrentes confrontar los argumentos que el juez de primera instancia presentó para tomar su decisión con sus propias consideraciones, para efecto de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia. (...)

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, el marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en la providencia de primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia, como el principio dispositivo (...)”

En este sentido, resulta necesario no sólo que el recurrente manifieste su inconformidad contra el fallo adoptado por el A-quo, sino que debe sustentar el mismo de forma adecuada, indicando en concreto los motivos por los que está en desacuerdo con lo decidido. Las apreciaciones que se expongan, determinarán el objeto de análisis del Ad quem y su competencia frente al caso, por lo que se demanda un grado de congruencia y motivación entre el fallo

recurrido y la apelación, fuera de lo cual, se estaría desconociendo el debate jurídico y probatorio que fundamentó la decisión del juez de primera instancia, como también la finalidad y objeto mismo de la segunda instancia, en virtud a lo establecido en los artículos 320 y 322 del CGP.

Bajo las anteriores reflexiones, observa esta Sala que el recurso de apelación formulado por la parte demandante frente a los derechos relacionados en este apartado, se encuentra vacío de consideraciones o motivos en que se basó el Juzgado de origen para concederlo.

Por lo anterior, se abstendrá la Sala de estudiar lo negado por el A-quo, con relación a la indemnización establecida en el artículo 65 del CST, los salarios no laborados entre agosto de 2012 a febrero de 2013, por declaratoria de ineficacia del vínculo laboral, y la prima de servicios, confirmándose la misma en su totalidad.

Bajo ese entendido, esta Sala REVOCARÁ PARCIALMENTE la decisión adoptada por el A-quo, en el sentido de ordenar a la ESE demandada que reconozca y pague a la demandante, la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas a que tenía derecho, desde 02 de septiembre de 2015 y hasta que se efectuó el pago de las cesantías correspondientes conforme al inciso final del art. 187 del C.P.A.C.A., y en la forma aquí indicada. En lo demás se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

5.6. De la condena en costas.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*; así mismo, el Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 determina que *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*.

A su turno, el artículo 365 del CGP determina que, en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. En este caso, como quiera que el recurso prosperó parcialmente no hay lugar a condenar en costas a la parte recurrente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI. FALLA:

PRIMERO: REVOCARÁ PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia proferida el diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), en el sentido de **ORDENAR** a la ESE Centro de Salud con Cama Manuel H. Zabaleta G, que reconozca y pague a la señora Margarita Bolaño Esquirol, la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas a que tenía derecho, desde el 02 de septiembre de 2015, hasta la fecha en la que efectivamente se verifique el pago de las cesantías definitivas reclamadas, teniendo como salario base para su liquidación la suma de \$2.173.920 / 30, para un salario básico diario de setenta y dos mil cuatrocientos sesenta y cuatro (\$72.464), que a la fecha de esta sentencia, van corridos 7 años, 2 meses y 28 días, es decir, un total de 2.608 días, que corresponde a la suma de ciento ochenta y ocho millones novecientos ochenta y seis mil ciento doce pesos (\$188.986.112); sin perjuicio de los días que se generen con posterioridad a esta sentencia hasta el momento del pago.

La suma resultante deberá ser pagada conforme al inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., conforme a las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

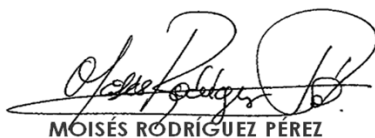
TERCERO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante en esta instancia, por las razones aquí expuestas.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No.031 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ²⁷
En comisión de servicios

²⁷ En comisión de servicios otorgada por el Consejo de Estado.