

13001-33-33-008-2017-00156-01

Cartagena de Indias D.T. y C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
RADICADO	13001-33-33-008-2017-000156-01
DEMANDANTE	MARIA ANGELICA MENCO MENCO janbarrera@hotmail.com
DEMANDADO	E.S.E. DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE
MAGISTRADO PONENTE	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
TEMA	Sanción Moratoria-Servicio Social Obligatorio

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión No. 02 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada de fecha catorce (14) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)¹, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó a las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA.²

3.1.1. Hechos de la demanda planteados por la accionante.

Para una mejor comprensión del asunto, la Sala resumirá de la siguiente manera la situación fáctica relatada por el actor, así:

- Que la señora María Angelica Menco Menco fue nombrada como enfermera al servicio social obligatorio de la E.S.E. Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué-Bolívar, mediante la Resolución N° 2013-02-18-2 del 18 de febrero de 2013 y fue debidamente posesionada en el cargo mediante acta de posesión.
- Que su cargo estaba previsto en la planta personal de la E.S.E. Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué-Bolívar.
- A través de oficio de fecha 30 de enero de 2013, remitido por parte de la Secretaría de Salud del Departamento de Bolívar, el Gerente de

¹Folio 154-158 cdr.1

²Folio 1-16 cdr.1



13001-33-33-008-2017-00156-01

la E.S.E. del Municipio de Magangué-Bolívar, se le comunicó la disponibilidad de la plaza a la actora en este ente.

- Que la actora se desempeñó en dicho cargo desde la fecha 18 de febrero de 2013 a 17 de febrero de 2014.
- Durante el tiempo laborado devengaba un salario de \$1.916.782, luego el segundo mes laborado en la institución una auditora, la cual determinó que el salario al año 2013 no estaba actualizado y que se estaba cancelando con base a un salario del año 2012 sin la aplicación debida de los aumentos salariales anuales establecidos.
- De todo el tiempo laborado en la E.S.E. Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué-Bolívar, le quedaron adeudando sus cesantías las cuales no fueron pagadas al momento de su desvinculación es fecha 18 de febrero de 2014, pese que las mismas están debidamente liquidadas y certificadas de parte de la entidad.
- Que la entidad al momento de desvincular a la actora le adeuda las cesantías de toda la relación laboral que existió entre ella y el ente como funcionario la ESE Municipal de Magangué-Bolívar, lo cual la hace acreedora de la sanción moratoria, consistente en un día de salario hasta que se efectuó el pago.
- Que la entidad no reportó ni giro las cesantías debidas al Fondo Nacional del Ahorro F.N.A., lo cual no es acorde con la realidad de los hechos manifestados por la entidad, en donde se señala que las cesantías fueron giradas al F.N.A., lo que los hace que sea condenada al pago de las indemnizaciones, como lo es el pago de la sanción moratoria, so pena del daño emergente y del lucro cesante al pagar a la actora a consecuencia de la omisión de este en el pago de las cesantías.
- Que la entidad demandada en fecha 03 de marzo de 2014, certifica tiempo de servicios y salarios de la actora como trabajadora de la E.S.E del Municipio de Magangué-Bolívar.
- Que a través de oficio de fecha 14 de diciembre de 2014, la E.S.E. del municipio de Magangué- Bolívar dio respuesta a derecho de petición en el cual expidió copias auténticas de documentos que prueban los hechos de esta demanda, al igual que certificaciones de tiempo de servicios y de deudas, con lo que se tiene que existen pruebas de que a la actora no se canceló la liquidación definitiva de prestaciones sociales, entre estas, sus cesantías definitivas y salarios adeudados.
- Que la entidad en dos oportunidades procedió a liquidar las cesantías de la actora en las siguientes sumas de dinero;
 - Por medio de la liquidación de prestaciones sociales del 12 de marzo de 2014 liquida las cesantías de la actora en la

13001-33-33-008-2017-00156-01

suma de \$2.236.686, con la observación que las cesantías debían ser consignadas en el fondo cesantías de la actora.

- Por medio de la liquidación de prestaciones sociales de fecha 09 de diciembre de 2015 liquidó las cesantías de la actora en la suma de \$1.916.782.
- Que lo anterior, significa que las cesantías de la actora nunca fueron reportadas a ninguna administradora de fondo de cesantías A.F.C., ni entregadas directamente a ellas, al momento de finalizado el vínculo laboral.
- Que por medio de la resolución N.º 090 del 17 de febrero de 2014 *“Por medio de la cual se legaliza el cumplimiento del término legal del servicio social obligatorio”* cesó la vinculación de la actora con la entidad accionada; lo que significa que se desempeñó en dicho cargo hasta la fecha de 17 de febrero de 2014.
- De lo anterior se puede deducir, que la entidad liquida el pago a favor de la actora por concepto de cesantías en una suma de \$1.916.782, por lo que observa que la entidad adeuda cesantías de la relación laboral que existió entre la actora como funcionaria de la ESE Empresa Social del Estado del municipio de Magangué-Bolívar, lo que hace acreedor a la actora de que esta entidad le pague sanción moratoria por no pago de las cesantías.
- Que a la fecha de presentación de la demanda, la entidad accionada no ha hecho el pago de las cesantías adeudadas a la actora, las cuales fueron solicitadas en la reclamación administrativa de fecha 2 de junio de 2016, de los cuales transcurrieron los 45 días que da la Ley 244 de 1995 para que la entidad proceda a la expedición del acto administrativo de reconocimiento y pago de cesantías, generándose por este hecho el pago de sanción moratoria.

3.1.2. Pretensiones de la demanda.

La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad absoluta del acto administrativo ficto o presunto producto de la petición de fecha 02 de junio de 2016, donde se solicitada el pago de las cesantías correspondientes al periodo de fecha 18 de febrero de 2013 a 17 de febrero de 2014, al igual que la sanción moratoria por el no pago de las cesantías.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicita que ordene y condene a la E.S.E. Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué-Bolívar a restablecer los derechos de la actora, por lo que se

13001-33-33-008-2017-00156-01

debe reconocer y ordenar el pago inmediato a favor de la actora María Angélica Menco Menco, los siguientes conceptos;

- Que se reconozca liquide y se ordene el pago de la sanción por no pago de cesantías adeudadas por parte de la entidad al momento de la terminación del vínculo laboral, en cuantía \$22.622.204.
- Que se reconozca y ordene el pago de las cesantías debidas de parte de la entidad a la actora al momento de terminación del vínculo laboral en cuantía \$1.916.782.
- Que se reconozca y ordene el pago de los intereses de cesantías debidas de parte de la entidad a la actora al momento de terminación del vínculo laboral, en cuantía de \$230.013.
- Reajuste salarial del sueldo de los meses de 18 de febrero de 2013 a 17 de febrero de 2014, por la suma de \$2.760.166.
- Que se ordene y condene a la E.S.E Empresa Social del Estado del municipio de Magangué - Bolívar, que al momento de cancelar estas sumas, deberá actualizar la sentencia conforme al índice de precios al consumidor, aplicando la siguiente fórmula: $VA=Vh* FINAL / IPC INICIAL$.
- Que se ordene y se condene a la E.S.E Empresa Social del Estado del municipio de Magangué - Bolívar, al pago de los intereses desde el momento de ejecutoria de la sentencia.
- Que se ordene y se condene a la E.S.E Empresa Social del Estado del municipio de Magangué - Bolívar, a dar cumplimiento a esta sentencia dentro del término señalado en el Artículo 192 del CPACCA.
- Que se ordene y se condene a la E.S.E Empresa Social del Estado del municipio de Magangué - Bolívar, al pago de las costas del proceso incluyendo los honorarios profesionales del abogado gestor.

3.1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: preámbulo y los artículos 138, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, y siguientes y demás normas concordantes de la Ley 1473 de 2011; Ley 1071 de 2006, Ley 244 de 1995 y Ley 65 de 1946, Constitución Política Artículos 1,23,25,53,87,90 y demás concordantes; Ley 153 de 1887; Ley 57 de 1887; Ley 6 de 1945; Decreto 1160 de 1947; Decreto 3135 de 1968; Decreto Reglamentario 1848 de 1969.

Sostuvo que la posición de la administración en cabeza de la E.S.E Empresa Social del Estado del municipio de Magangué - Bolívar, al guardar silencio sobre la reclamación administrativa de fecha 2 de Junio de 2014, cuya nulidad se demanda en esta acción, está desconociendo el derecho que

13001-33-33-008-2017-00156-01

tiene la actora al pago de sus prestaciones sociales definitivas entre estas sus cesantías y por ende la sanción moratoria por el no pago de cesantías, lo que le dio el derecho a la actora a reclamar y de obtener la indemnización moratoria, en el evento de que la entidad pública pagadora no lo haga dentro del término señalado en el artículo 2º de la Ley 244 de 1995.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad accionada no contestó la demanda.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL.

4.1. Sentencia De Primera Instancia.

Mediante sentencia de fecha catorce (14) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)³, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Sostuvo el *A quo* que de conformidad con las pruebas que obran en el expediente no le asiste razón a la parte demandante, señalando que las cesantías del personal que presten servicio social obligatorio por estar vinculados en un periodo fijo no se les afilia al Fondo Nacional del Ahorro, y por tanto las cesantías e intereses de las mismas están incluidos en la liquidación final de prestaciones sociales, lo cual fue probado en el plenario.

4.2. Recurso de Apelación.⁴

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se concedan las pretensiones de la demanda.

Sostiene el apelante que se aparta de las apreciaciones, consideraciones y valoración realizado por el juez de primera instancia, por cuanto contradice el tema de la teoría general de las obligaciones, en la manera en cómo debe probarse el pago.

³**PRIMERO. – NEGAR** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. -Sin costas. .

TERCERO: Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando constancia del caso."

⁴ Folio 160 cdr.1

13001-33-33-008-2017-00156-01

Alega que el juez de primera instancia al negar las pretensiones afirma que a la actora se le liquidaron sus prestaciones, entre estas sus cesantías, en la liquidación definitiva, documentación que fue aportada en respuesta a oficio y el juez dio por probado que estas fueron pagadas directamente a la actora sin existir un documento que conste probatoriamente que le fueron pagadas.

Así mismo, Arguye que el pago no se presume, lo cual se evidencia en la sentencia, en donde el juez de primera instancia señala que el pago le fue efectuado directamente a la demandante, cuando no se encuentra probado, no hay recibo de pago, no hay un giro a favor de la actora, sin embargo, se encuentra probado que las cesantías viene reconocidas y liquidadas, pero no pagadas, por tanto sostiene, que el reconocimiento a través de una certificación o una liquidación no puede tenerse como prueba de pago de la obligación, que para este caso, es el pago de la deuda laboral entre estas las cesantías.

Reitera que en el proceso no hay prueba de que las cesantías de la actora hayan sido pagadas a ella, y dar por probado esto es un grave error del despacho judicial, ya que, si bien a ella se le expide el documento de liquidación definitiva de estas prestaciones sociales entre estas, sus cesantías, no obra documento alguno que pruebe que efectivamente las mismas le fueron pagadas, por lo que las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar.

Agrega que el juzgado Octavo Administrativo erró en sus apreciaciones, al señalar que en virtud de la Ley 1071 de 2006 no existe obligación de liquidar o pagarse las cesantías al momento de la desvinculación como lo pretende la actora, que se debió haber elevado una solicitud de pago, dista este operador judicial en su aplicación normativa si observamos que esta ley y la Ley 244 de 1995 no son opuestas y que la parte actora elevó la solicitud respectiva de reconocimiento y pago de la cesantía y que a la fecha la entidad no ha expedido el acto administrativo de reconocimiento y pago de las mismas, que la sola certificación u otra prueba no es pago.

En ese sentido, alega que el despacho que profirió la sentencia de primera instancia debió haber reconocido la sanción moratoria contenida en la Ley 244 de 1995, declarando la nulidad del acto ficto presunto fruto de la reclamación administrativa que efectuó la demandante ante la entidad, ordenando el pago de la sanción moratoria por cuanto la entidad incurrió en mora por no reconocer y cancelar las cesantías dentro el plazo que dispone la ley.

13001-33-33-008-2017-00156-01

4.3. Trámite procesal segunda instancia.

Con auto de fecha veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019)⁵, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante. Mediante auto del veinticinco (25) de octubre de dos mil diecinueve (2019)⁶, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. A través de auto del cuatro (04) junio de dos mil veintiuno (2021)⁷ se negó la práctica de pruebas solicitadas en segunda instancia por la parte demandante.

4.4. Alegaciones.

La parte demandante presentó alegatos de conclusión⁸.

La parte demandada no presentó alegatos de conclusión.

4.5. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

V. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual *“el juez de segunda*

⁵ Folio 4 cdr.2

⁶ Folio 18 cdr.2

⁷ Folio 52 cdr.2

⁸ Folio 41 y 55 cdr.2

13001-33-33-008-2017-00156-01

instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”.

6.2. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Determinar si se encuentra probado que a la señora María Angelica Menco Menco le fueron canceladas sus cesantías definitivas cuando culminó su servicio social obligatorio o si, por el contrario, no le fueron canceladas y se generó sanción moratoria por el pago tardío de las misma?

6.3. Tesis de la Sala.

La Sala revocará la sentencia de primera instancia, al considerar que en el presente caso no se acreditó con las pruebas obrantes en el expediente que a la actora le fueron canceladas sus cesantías y demás prestaciones solicitadas, por lo tanto, hay lugar ordenar su respectivo reconocimiento y pago y por ende la sanción moratoria que pretende.

6.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

6.4.1. Generalidades del Servicio Social Obligatorio-área de la Salud.

El servicio Social obligatorio es un programa implementado en el sector salud ejercitado por los profesionales de esta área tales como; médicos, bacteriólogos, personal de laboratorio clínico, **enfermería** etc., el cual consiste en que una vez obtenido el título profesional, en aras de retribuir a la sociedad por su formación dichos profesionales se vinculan a cualquier organismo o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud de carácter público o privadas sin ánimo de lucro para desempeñar labores de su cargo.

La Ley 50 de 1981 “*Por la cual se crea el Servicio Social Obligatorio en todo el territorio nacional*”, dispuso que las personas con formación tecnológica o universitaria debían prestar un Servicio Social Obligatorio, dentro del territorio Nacional, por un término hasta de un año. Este servicio, de conformidad con el artículo 2 *ibídem*, se presta con posterioridad a la obtención del título y es requisito previo para obtener la refrendación de dicho título.

13001-33-33-008-2017-00156-01

La citada Ley, fue reglamentada por el Decreto 2396 de 1981 y con posterioridad, se expidió la Resolución 795 de 22 de marzo de 1995, emanada del Ministerio de Salud, *“Por la cual se establecen los Criterios Técnicos Administrativos para la Prestación del Servicio Social Obligatorio”*, contemplando en los numerales 7º y 8º del artículo 1, lo siguiente: *“La vinculación de los Profesionales deberá contar con la disponibilidad presupuestal respectiva y en ningún caso su remuneración será inferior a los cargos de planta de las instituciones en la cuales presten sus servicios”*. *“El profesional que presta el Servicio Social Obligatorio gozará de las mismas garantías del personal de planta, en cuanto a honorarios, compensatorios etc.”*

Mediante Resolución No. 4548 del 3 de diciembre de 1998 del Ministerio de Salud, redujo a seis (6) meses el término para la prestación del Servicio Social Obligatorio en el Departamento de Bolívar.

6.4.2. Régimen prestacional- Servicio Social Obligatorio

En cuanto al régimen prestacional de las personas que presten el Servicio Social Obligatorio, el artículo 6 de la Ley 50 de 1981 *“Por la cual se crea el Servicio Social Obligatorio en todo el territorio nacional”*, dispuso:

*“Las tasas remunerativas y el régimen prestacional al cual serán sometidos quienes presten el **Servicio Social Obligatorio serán los propios de la institución a la cual se vincule el personal para cumplimiento de dicho servicio y se aplicarán bajo la supervisión y control del Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio.**”*

El Decreto 2396 de 1981 *“por el cual se dictan disposiciones relacionadas con el Servicio Social Obligatorio del área de la Salud”* dispuso que los profesionales egresados del programa de enfermería, entre otros, debían cumplir el servicio social obligatorio, en su artículo 6 señaló:

*“Artículo 6. Las personas que deban cumplir con el Servicio Social Obligatorio quedarán sujetas a las disposiciones que en **materia de personal rijan a las entidades a las cuales se vinculen.**”*

Posteriormente, el Ministerio de Trabajo dispuso, como se mencionó en párrafos anteriores, en la Resolución No. 795 de 1995 *“por la cual se establecen los criterios técnico administrativos para la prestación del Servicio Social Obligatorio”* lo siguiente:



13001-33-33-008-2017-00156-01

“Artículo 1°. Establecer los siguientes criterios para que las Direcciones Seccionales, Distritales y locales de Salud, certificadas, aprueben y renueven las plazas para el ejercicio del Servicio Social Obligatorio.

(...)

7. La vinculación de los Profesionales deberá contar con la disponibilidad presupuestal respectiva **y en ningún caso la remuneración será inferior a los cargos en planta de las instituciones en la cual presten sus servicios.**

8. El profesional que presta el Servicio Social Obligatorio gozará de las mismas garantías del personal de planta, en cuanto a honorarios, compensatorios, etc.

(...)

Artículo 10. Las Direcciones de Salud, así como las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas deberán hacer la equivalencia salarial de los cargos del Servicio Social Obligatorio a los de la planta de personal de la respectiva entidad, para las mismas profesiones.

(...)

Artículo 12. Los profesionales que cumplan con el Servicio Social Obligatorio estarán sujetos a las disposiciones vigentes que en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales rijan en las entidades donde presten dicho servicio.”. (Negrillas de la Sala).

A su vez, el Ministerio de Salud mediante concepto No. 2482 de mayo 16 de 2002, expresó lo siguiente:

“1. Legislación Servicio Social Obligatorio:

(...)

Los numerales 7 y 8 del artículo 1 de la Resolución No.00795 de 1995, prevé que la remuneración del personal que preste el Servicio Social Obligatorio no podrá ser inferior a los cargos de planta de las instituciones en la cual presten sus servicios y que dichos profesionales gozarán de las mismas garantías del personal de planta, en cuanto a honorarios, compensatorios, etc.

Por su parte el artículo 12 de la Resolución en comento señala que los profesionales que cumplan el Servicio Social Obligatorio estarán sujetos a las disposiciones vigentes que en materia de personal, salarios y prestaciones sociales rijan a las entidades donde presta dicho servicio.”

De conformidad con lo expuesto, se considera que quienes se desempeñan en el servicio social obligatorio, deben vincularse mediante una relación legal y reglamentaria, lo que les da la calidad de empleados públicos y por ende tienen un vínculo laboral con la entidad en que ejercen las funciones.

Como lo establecieron claramente las normas transcritas, quienes realicen el Servicio Social Obligatorio cuentan con los mismos derechos salariales y prestacionales del personal vinculado a la entidad y en ningún caso su

13001-33-33-008-2017-00156-01

remuneración puede ser inferior a la de los cargos en planta de las instituciones en la cual presten sus servicios.

6.4.3. Sanción moratoria por pago tardío de cesantías definitivas.

La sanción moratoria se encuentra contemplada en la Ley 244 de 1995, en la cual en su artículo 1o, establece que dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud de pago de cesantías parciales o definitivas presentada por el peticionario, la entidad empleadora deberá expedir la resolución mediante la cual se ordene el reconocimiento y pago de las cesantías, siempre y cuando se cumpla con todos los requisitos de ley.

Igualmente, preceptuó en su artículo 2o que la entidad tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir de la fecha en que adquiera firmeza el acto de reconocimiento, so pena de que la entidad obligada deba pagar al titular un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo.

En el párrafo del citado articulado, se señaló que, en caso de mora en el pago de esas cesantías definitivas, la entidad incumplida debe reconocer y cancelar al beneficiario un día de salario por cada día de retardo hasta que su pago se haga efectivo, para lo cual sólo basta la acreditación de la no cancelación dentro del término legal previsto.

Cabe señalar que la normatividad anterior fue modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006.⁹

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado¹⁰ ha definido la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, como aquella que tiene el propósito de resarcir los daños causados al trabajador como consecuencia del no pago de la liquidación del auxilio de cesantías por parte de la entidad empleadora en los términos de la normativa antes señalada, con el fin de proteger el derecho de los servidores públicos cuando se retiran del servicio de recibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías.

En esa misma providencia expone dicha Corporación que generalmente la sanción moratoria se contabilizará a partir de momento en que el acto

⁹ 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.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de fecha 07 de marzo de 2011. Radicado No.47001233100020050081801 (1017-10). C.P. Ernesto García Fernández

13001-33-33-008-2017-00156-01

administrativo, mediante el cual se ordena el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, quede en firme, siempre y cuando no se interpongan recursos contra el mismo, cuando se renuncie expresamente a ellos, o cuando se hayan interpuesto, pero los mismos se hayan decidido.

De igual forma, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa¹¹ establece que, de conformidad con la regla jurisprudencial fijada por la Sección Segunda de dicha Corporación, cuando la administración no se pronuncie o se pronuncie tardíamente frente a la solicitud de pago de las cesantías parciales o definitivas, los términos iniciaran a correr a partir de radicada esa solicitud.

6.4.4. Del pago efectiva de una obligación.

La doctrina respecto a la obligación de pago ha señalado que este implica el cumplimiento concreto de una obligación a cargo de un deudor y consiste en la ejecución de la prestación (artículo 1626¹² Código Civil), esto es, de una conducta positiva o de abstención –de dar, hacer o no hacer– que goza de relevancia jurídica¹³, dada la capacidad extintiva del vínculo obligacional (artículo 1625¹⁴ *Ibidem*) que una persona puede adquirir bien por concurso de su voluntad, por la causación de un daño a otro o por el apremio de la ley (artículo 1494¹⁵ del Código Civil).

En sentencia del H. Consejo de Estado donde se hace alusión a lo señalado por la doctrina sobre el pago, se dijo que el Código Civil no establece un modo o tarifa legal para probar el pago de una obligación y a pesar de que a tal efecto y en sus normas se refiere a la “*carta de pago*” (artículos 1628-1653, 1654 y 1669), que es la declaración documental del acreedor de haber sido satisfecho, en el artículo 1757¹⁶ consagró la libertad de las partes para acudir a cualquier medio legalmente válido, a fin de acreditar ese acto extintivo de obligaciones, postura que fue recogida y adoptada por el Código de Procedimiento Civil (artículo 175) y que se mantiene vigente aún

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de fecha 18 de julio de 2018. Radicado No. 73001233300020140058001 (4961-15). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹²“El pago efectivo es la prestación de lo que se debe”.

¹³ HINESTROSA, Fernando: Tratado de obligaciones: Bogotá. Externado de Colombia, 2007.

¹⁴ “Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

1o.) Por la solución o pago efectivo”.

¹⁵ “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.

¹⁶ “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.

13001-33-33-008-2017-00156-01

hoy con el Código General del Proceso (artículo 165).

Así mismo , se sostuvo que la “*carta de pago*”, recibo o paz y salvo, no deja de ser una prueba que, por provenir del acreedor, tiene la capacidad de acreditar el pago o solución de una obligación; no obstante no es la única, dado que el ordenamiento jurídico permite que el deudor pueda valerse de cualquier medio legalmente válido para tal fin y, en consecuencia, en tanto en esta materia no hay una tarifa probatoria, para la acreditación del pago no puede reclamarse exigencias probatorias específicas. Así, el juez debe apoyarse en medios allegados y valorarlos conjuntamente al amparo de la sana crítica y la objetividad probatoria para fundar su decisión, según lo dictan el Código de Procedimiento Civil (artículo 187) y hoy, el Código General del Proceso (artículo 176).

En ese orden, estudiado el anterior marco normativo y jurisprudencial, se pasa a analizar el caso concreto, los hechos probados en el caso de marras y se revela el criterio a acoger.

6.5. CASO EN CONCRETO.

6.5.1. Hechos probados.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución de los problemas jurídicos:

- Reclamación administrativa de fecha 02 de junio de 2016, radicada por la señora María Angelica Menco ante la E.S.E. del municipio de Magangué, solicitándole el pago de las cesantías de cuando prestó sus servicios como enfermera de servicio social obligatorio y la respectiva sanción moratoria.¹⁷
- Certificado expedido por el Jefe de Talento Humano de la E.S.E. Rio Grande de la Magdalena donde consta que la señora María Angelica Menco fue nombrada en el cargo enfermera SSO el 18 de febrero de 2013 hasta el 17 de febrero de 2014, con una asignación básica de \$1.916.782.¹⁸
- Volante de nómina de los meses desde febrero a diciembre del año 2013 de la señora María Angelica Menco.¹⁹
- Oficio de fecha 14 de diciembre de 2015, donde se le da respuesta a un requerimiento, entregándole a la señora María Angelica Menco

¹⁷ Folio 29 cdr.1

¹⁸ Folio 37 y 48 cdr.1

¹⁹ Folio 38-44 y 50-62 cdr.1

13001-33-33-008-2017-00156-01

copias de la resolución de nombramiento, certificados, desprendibles de pago de nómina, la liquidación definitiva y otros.²⁰

- Resolución N.º 2013-02-18-02 del 18 de febrero de 2013, por medio del cual se nombra a la señora María Angelica Menco Menco en el servicio social obligatorio en la E.S.E. del municipio de Magangué en el cargo de enfermera código 217.²¹
- Resolución N.º 090 del 2014, por medio del cual se legaliza el cumplimiento del término legal del servicio social obligatorio de un médico.²²
- Certificado expedido por la Jefe de Talento Humano de la E.S.E. del municipio de Magangué, donde hace constar a la señora María Angelica Menco no se le afilio al Fondo Nacional del Ahorro, señalándose que las cesantías y los intereses de cesantías están incluidos en la liquidación final de sus prestaciones sociales.²³
- Liquidación de las prestaciones sociales de la señora María Angelica Menco Menco de fecha 09 de diciembre de 2015 en un valor de \$2.146.796.²⁴
- Liquidación de las prestaciones sociales de la señora María Angelica Menco Menco de fecha 12 de marzo de 2014 en un valor de \$5.980.402²⁵
- Copia de nómina de retroactivos de enero a octubre de 2013.²⁶
- Oficio de fecha 30 de noviembre de 2015, donde se brinda respuesta a un oficio N.º 1855 del Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Magangué a la señora María Angelica Menco para que se acercara a las oficinas a buscar la documentación que requiera.²⁷
- Certificación de afiliado cotizante en SaludCoop EPS.²⁸
- Resolución 0071 de 2013, por medio del cual se autoriza el cumplimiento del servicio social obligatorio a María Angelica Menco.²⁹
- Certificado expedido por la Jefe Administrativa y financiera de la E.S.E. Rio Grande Magdalena donde hace constar que a la señora María Angelica Menco le fueron canceladas la liquidación final y sus honorarios.³⁰
- Oficio expedido por la contadora de la E.S.E. Rio Grande de la Magdalena donde se señala que a la señora María Angelica Menco

²⁰ Folio 45 cdr.1

²¹ Folio 46 cdr.1

²² Folio 47 cdr.1

²³ Folio 49 cdr.1

²⁴ Folio 63 cdr.1

²⁵ Folio 63 y 109 cdr.1

²⁶ Folio 65 cdr.1

²⁷ Folio 67 cdr.1

²⁸ Folio 68 cdr.1

²⁹ Folio 69 cdr.1

³⁰ Folio 106 cdr.1

13001-33-33-008-2017-00156-01

le fueron canceladas el día 23 de octubre de 2014 con el número de comprobante de egreso 4719 mediante cesión de crédito a la señora Rosario Ruiz Quiroz por un valor de \$5.980.402.³¹

- Copia de comprobante de egreso por el valor de \$5.980.402 a favor de la señora María Angelica Menco.³²
- Hoja de vida de la señora María Angelica Menco Menco.³³

6.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

En el caso objeto de análisis, la inconformidad con la sentencia de primera instancia se centró en que, para la demandante, no se acreditó fehacientemente que la entidad hubiere pagado las cesantías definitivas a la señora María Angelica Menco Menco y las pruebas aportadas, tales como la liquidación de prestaciones y un certificado no son pruebas del pago de la obligación, razón por la solicita que se revoque el fallo.

Ahora, para darle solución al problema jurídico planteado por esta Sala de Decisión, es dable precisar que tal como se expuso en el marco normativo y jurisprudencial, el pago implica el cumplimiento concreto de una obligación a cargo de un deudor, en este caso, el empleador.

De igual manera, se precisa que el H. Consejo de Estado³⁴ haciendo un análisis jurisprudencial sobre las pruebas allegadas por las entidades públicas para acreditar el pago de sus obligaciones, señaló lo siguiente:

“(…)

la jurisprudencia pregonó una tesis inicial, según la cual los documentos allegados por una entidad pública deudora que hubieran sido expedidos por sus funcionarios y con los cuales pretendiera acreditar el pago, como las resoluciones de pago y los comprobantes de egreso, no eran probatoriamente válidos. Según esta postura, aceptar la posibilidad de que el deudor gestara su propia prueba frente a las pretensiones de cobro de su acreedor y que saliera adelante con su defensa artificiosa soslayaría los derechos reales de crédito y pondría en riesgo el tráfico jurídico.

No obstante, desde 2013, esta Corporación ha venido a revisar tal postura, considerando que, si bien los documentos que allegaban las entidades públicas a los estrados judiciales eran expedidos por ellas mismas, tenían

³¹ Folio 107 cdr.1

³² Folio 108 cdr.1

³³ Folio 110-127 cdr.1

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. sentencia del 11 de octubre de 2021. Rad. 11001-33-31-036-2007-00309-01 (55056) C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez

13001-33-33-008-2017-00156-01

plena validez y capacidad probatoria, toda vez que la naturaleza de quien lo expedía hacía que se tratara de documentos públicos de aquellos mismos que el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil contempla como probatoriamente válidos.

Así, los documentos y certificaciones expedidas por los funcionarios descritos en el artículo 262 ibídem, esto es, aquellos provenientes de los jueces, los notarios, los registradores o los directores de las oficinas públicas y los funcionarios de estas últimas que por ley o reglamento tuvieran asignados como función la expedición de dichos documentos, ostentan la naturaleza de públicos y tienen capacidad probatoria, sin perjuicio de la tacha de falsedad que en su contra pueda elevar la parte contra quien se aducen"

Teniendo en cuenta lo anterior, para demostrar el cumplimiento de su obligación de pagar las cesantías de la actora la entidad mediante una prueba de oficio, aportó al acta de liquidación de prestaciones sociales, donde se encuentra incluidos además de otras prestaciones, las cesantías y los intereses de cesantías por un valor de \$5.980.405 y así mismo aportó un comprobante de egreso donde aparece beneficiaria la señora María Angelica Menco, dirigida al Banco BBVA y por el mismo valor a la liquidación de la actora, no obstante, a pesar de aparecer como beneficiario la actora, el pago se realizaría a un tercera persona como cesión de crédito.

Al respecto, es preciso indicar que conforme a lo establecido en el artículo 14 del CST, las disposiciones que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables. A su vez, el artículo 15 de la misma norma dispone que es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles. Es más explícito aún el artículo 142 de la misma obra cuando refiriéndose al salario establece que éste es irrenunciable y no se puede ceder en todo ni en parte, a título gratuito ni oneroso. Y, finalmente, el artículo 340 reafirma dicho principio cuando dispone que las prestaciones sociales establecidas en el C.S.T., ya sean eventuales o causadas, son irrenunciables, salvo que se trate de las excepciones allí previstas.

Lo anterior, nos permite concluir que tanto el salario como las prestaciones sociales, derivadas de una relación laboral al ser irrenunciables por disposición legal no pueden cederse.

Por el contenido de los documentos aportados y las certificaciones expedidas, esta Sala encuentra que estos no acreditan con suficiencia que la entidad efectuó el pago de las cesantías de la actora de forma directa

13001-33-33-008-2017-00156-01

cuando finalizó el Servicio Social Obligatorio como enfermera.

En ese orden de ideas, si lo esencial es acreditar que la obligación fue cancelada, de modo que no exista duda alguna en relación con el hecho de que el trabajador haya recibido la suma de dinero por concepto de cesantías, que en este caso no se logra evidenciar con el comprobante de pago aportado al proceso, por cuanto aparece a favor de un tercero por cesión de crédito, y tal como se dijo en precedentes no es posible para salarios y prestaciones sociales por ser derechos irrenunciables del trabajador.

De igual forma, esta Magistratura observa que las mismas tampoco fueron consignada al fondo, por cuanto unas de las certificaciones³⁵ allegadas al proceso, hace constar que a la actora no se le afilió al Fondo Nacional del Ahorro por esta vinculada en un periodo fijo y por tanto se señaló que se pagarían junto a liquidación definitivas.

En ese sentido, le asiste razón al apelante en señalar que la prueba aportada y tenida en cuenta por el juez de primera instancia no puede considerarse prueba del pago efectivo de las cesantías a las que tiene derecho la señora María Angelica Menco.

Así las cosas y de acuerdo al material probatorio en que certifica³⁶ que la actora laboró en el cargo de enfermera del Servicio Social Obligatorio en el periodo comprendido del 18 de febrero de 2013 al 17 de febrero de 2014.

Así pues, verificada la existencia de una relación laboral entre las partes, existiendo norma precisa que regulaba el monto que como remuneración debía percibir la actora en calidad de enfermera del servicio social obligatorio, le corresponde a la ESE cancelar las cesantías debidas a la actora.

Los anteriores razonamientos resultan suficientes para que la Sala decida declarar la nulidad del Acto Administrativo ficto configurado como consecuencia de la petición de fecha 02 de junio del 2016; a título de restablecimiento del derecho; se ordenará el reconocimiento y pago de las cesantías e intereses de cesantías correspondientes al año de Servicio Social Obligatorio.

³⁵ Folio 49 cdr.1

³⁶ Folio 27 Cdr.1

13001-33-33-008-2017-00156-01

Por otra parte, en relación a la consignación de las cesantías y la mora que se genera por el no pago de la misma, con fundamento en la sentencia de unificación arriba estudiada, una vez fenece el vínculo laboral, el demandante debe solicitar al empleador la expedición del acto administrativo que le reconoce las prestaciones sociales adeudadas entre otras; la sanción moratoria.

Antes de resolver el problema jurídico planteado, esta Sala analizará frente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías se generó sanción moratoria, de la siguiente manera:

Actuación	Fecha máxima en que se debía efectuar	Fecha en que se efectuó.
Solicitud de las cesantías	NA	02 de junio de 2016 ³⁷
Fecha del acto administrativo que reconoció las cesantías	23 de junio de 2016	NA
Ejecutoria del acto administrativo (10 días - vigencia del CPACA)	07 de julio de 2016	NA
Pago de la obligación (45 días)	09 de septiembre de 2016	NA

De conformidad con lo anterior, esta Corporación evidencia que la entidad demandada incumplió con los términos establecidos en la Ley para el pago de las cesantías definitivas de la señora María Angelica Menco Menco, y comoquiera que a la fecha no hay prueba de haberlas cancelado, se tiene que la entidad demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías a partir del **10 de septiembre de 2016**, fecha en la cual se hizo exigible el derecho a la sanción moratoria pretendida.

Al respecto del reajuste salarial solicitado en el caso de marras, se considera que no es procedente reconocerlo, por cuanto no se encuentran en el plenario los elementos de juicio que permitan establecer, que para la época en que la demandante presto sus servicios como enfermera del servicio social obligatorio se encontraba en una situación de desigualdad frente a otros empleados, en el sentido que no se logró acreditar que la misma percibía una asignación mensual menor a la percibida por otros profesionales en ese periodo (año 2013-2014) y que estas personas cumplieran con las mismas funciones asignadas a ella.

³⁷ Folio 28 cdr.1

6.5.3. Prescripción.

En ese orden, una vez resuelto que la actora tiene derecho al pago de la cesa, se entrará a resolver si dentro del presente asunto se configuró el fenómeno de la prescripción trienal de los derechos laborales y de la sanción moratoria pretendida.

Observa la Sala que, en el caso en concreto, operó el fenómeno de la prescripción trienal de los derechos laborales, puesto que, de cara al marco normativo y jurisprudencial de la presente providencia, la demandante contaba con el término de tres (3) años para presentar la respectiva reclamación administrativa ante la entidad accionada, desde que el derecho se hizo exigible.

Al respecto, el Consejo de Estado mediante jurisprudencia reciente, en lo concerniente a la prescripción trienal de los derechos laborales ha dispuesto lo siguiente:

“Sobre la prescripción trienal de los derechos salariales el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, prevé:

Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Por su parte, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, dispone:

Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

De la normativa transcrita, se infiere que los derechos laborales de los empleados públicos prescriben al cabo de 3 años contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se hizo exigible.”³⁸

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de fecha 25 de junio de 2020. Radicado No. 66001233300020160055401(3733-18). C.P. William Hernández Gómez.

13001-33-33-008-2017-00156-01

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala observa que el vínculo laboral de la señora María Angelica Menco culminó el **17 de febrero de 2014**, por lo que la misma tenía hasta el **17 de febrero de 2017** para radicar la respectiva reclamación administrativa, mediante la cual solicitara el pago de las cesantías e intereses de cesantías, sin embargo, una vez revisadas las pruebas aportadas al expediente, se evidencia que la solicitud fue presentada el **02 de junio de 2016**, de tal manera que se interrumpió el término de la prescripción de la prestación reclamada.

Así mismo, frente a la sanción moratoria, se tiene que ésta equivale a un día de salario por cada día de retardo en el pago, contados desde el día siguiente al que se hizo exigible la obligación respecto de las cesantías.

Por lo anterior, esta Corporación evidencia que el **09 de septiembre de 2016** se venció el plazo previsto por el legislador para el pago de las cesantías definitivas, es decir, que a partir del **10 de septiembre de 2016** empezó el período de mora por el cual se pretende sancionar a la entidad. Luego entonces, comoquiera que la petición del reconocimiento se radicó el **02 de junio de 2016**, quiere decir que no transcurrieron los tres años de que trata la norma y la jurisprudencia para que operara el fenómeno prescriptivo, dado que la actora contaba hasta el **10 de septiembre de 2019**, para presentar la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Así las cosas, al haberse desvirtuado la presunción de legalidad que cobija el acto administrativo ficto demandado hay lugar a su nulidad, y, en consecuencia, se ordenará al reconocimiento y pago por concepto de cesantías e intereses de cesantías y la respectiva sanción moratoria causada, razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

6.6. CONDENA EN COSTAS

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, comoquiera que el recurso prosperó parcialmente.

VII. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

13001-33-33-008-2017-00156-01

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida en fecha del catorce (14) de noviembre de dos mil dieciocho (2019) por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído, y en su lugar determínese lo siguiente:

PRIMERO: *DECLARAR la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo, por la no contestación por parte de la ESE Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué -Bolívar a la petición de fecha 02 de junio de 2016, con lo cual negó se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos solicitados por la actora.*

SEGUNDO: *Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, condénese a la ESE Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué -Bolívar a reconocer y pagar a la demandante, María Angelica Menco identificada con la CC N.º 55.243.009 las prestaciones sociales correspondientes a cesantías e intereses de cesantías, por el tiempo que prestó sus servicios en el cargo de enfermera del Servicio Social Obligatorio de esa entidad, desde el 18 de febrero de 2013 hasta 17 de febrero de 2014. Las sumas que resulten deberán indexarse hasta la fecha de la ejecutoria de esta sentencia, conforme a la fórmula de ley.*

La condena será actualizada, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh \text{ Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que se causaron cada una de las sumas adeudadas).

TERCERO: *Condénese a la ESE Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué -Bolívar a reconocer y pagar a la demandante, María Angelica Menco identificada con la CC N.º 55.243.009, sanción moratoria contemplada en el parágrafo del artículo 5º de Ley 1071 de 2006, que modificó la Ley 244 de 1996, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, a partir del 10 de septiembre de 2016 y hasta que se haga efectivo el pago de sus cesantías.*

CUARTO: *NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva. “*

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

13001-33-33-008-2017-00156-01

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

MOISÉS DE JESÚS RODRIGUEZ PÉREZ
Ausente con permiso


MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Las anteriores firmas corresponden a la sentencia de segunda instancia proferida dentro del Proceso Radicado con el No. 13001-33-33-008-2018-00156-01.