



13001-33-31-000-2015-00077-00

Cartagena de Indias D. T. y C, dieciocho (18) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-31-000-2015-00077-00
Demandante	JORGE ENRIQUE NARVÁEZ ROMERO
Demandado	E.S.E. DEL MUNICIPIO DE MAGANGUÉ
Tema	SANCIÓN MORATORIA/LEY 244 DE 1995
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija N° 001 de Decisión del Tribunal Administrativo de Bolívar, a dictar sentencia de primera instancia, en el proceso promovido por el señor JORGE ENRIQUE NARVÁEZ ROMERO, por conducto de apoderado judicial, contra la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUÉ, en el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

III. ANTECEDENTES

1. PETITUM.

La parte accionante en su libelo demandatorio solicita que se declare la nulidad del acto ficto o presunto que se originó del silencio administrativo de la entidad accionada, por no haber respondido la petición que radicó el actor el día 05 de octubre de 2011.

En dicho acto administrativo, se entienden negadas las peticiones elevadas por el señor Narváez Romero, en relación con el reconocimiento y pago de prestaciones sociales como prima, vacaciones, cesantías, intereses a las Cesantías, salarios del mes de mayo, junio y 21 días del mes de julio, como también el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago de cesantías de cuando desempeñó el cargo de médico al servicio social obligatorio ante la Entidad accionada del 21 de enero a 21 de julio de 2011.

Que como consecuencia de lo previo, el demandante solicita que se condene a la demandada a reconocer y pagar a favor del actor, la suma de \$ 90.707.038 por concepto de sanción moratoria por el no pago de cesantías; \$ 1.271.594 por concepto de cesantías; \$1.271.594 por concepto de prima de servicios; \$ 152.591 por intereses a las cesantías; \$ 635.797 por concepto de vacaciones y \$ 6.781.834 por salarios adeudados.



2. HECHOS

Fueron relatados en síntesis los subsiguientes:

El actor fue nombrado como médico al servicio social obligatorio de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE – BOLÍVAR a través de la resolución No. 0027 del 21 de enero de 2011.

Se posesionó en el cargo de médico de la demandada mediante acta de posesión No. 0240 de 21 de enero de 2011.

Su cargo estaba previsto en la planta de personal.

Se desempeñó en el cargo desde el 21 de enero al 21 de julio de 2011.

El último salario percibido por el accionante fue por la suma de \$ 2.543.188.

Al momento de la desvinculación laboral del actor, la demandada Empresa Social del Estado de Magangué le quedó adeudando prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, sueldo del mes de mayo –junio y 21 días del mes de julio y la sanción moratoria por el no pago de cesantías en los términos de la Ley 244 de 1995.

Por lo anterior, el accionante mediante petición de fecha 05 de octubre de 2011, solicitó las acreencias laborales adeudadas ante la accionada. Sin embargo, ésta última no expidió la resolución que reconociera y ordenara el pago de cesantías, los salarios de mayo y junio y 21 días del mes de julio del 2011 como tampoco lo hizo respecto a las demás pretensiones laborales.

Dicho de otra manera, la entidad accionada nunca dio respuesta a la reclamación administrativa.

Por último, la parte demandante en ejercicio de su derecho fundamental de petición, presentó una solicitud por escrito el día 21 de julio de 2014, de lo cual, la entidad respondió dicha petición en fecha 24 de noviembre de 2014, expidiendo copias auténticas de documentos que prueban los hechos de la demanda, al igual que certificaciones de tiempo de servicios y de deuda.

Por esto, en el expediente figuran pruebas que acreditan que al actor no se le canceló la liquidación definitiva de prestaciones sociales, encontrándose sus cesantías definitivas y salarios adeudados.



3. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

La parte actora invoca en su escrito demandatorio como sustento de sus pretensiones las siguientes normas de orden constitucional y legal:

Normas jurídicas:

- Ley 1437 de 2011
- Ley 1071 de 2006
- Ley 244 de 1995
- Ley 65 de 1946
- 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

4. POSICIÓN DE LAS PARTES

4.1. Parte demandante.

En su concepto de violación, señala que se trasgredieron las disposiciones constitucionales y legales precitadas, por cuanto se desconocieron las obligaciones en ellas contenidas de garantizar protección al trabajo, como derecho fundamental del administrado.

Así mismo, el actor adujo que el acto administrativo cuya nulidad se solicita, está viciado de ilegalidad, pues el negar el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria genera el quebrantamiento de las disposiciones contenidas en la Ley 244 de 1995.

4.2. Parte demandada.

En el expediente no obra que la parte accionada haya contestado la demanda del proceso de referencia.

5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue instaurada el día 05 de febrero de 2015, seguidamente se repartió entre los Magistrados del Tribunal Administrativo de Bolívar, correspondiéndole al Despacho número 001, el cual por medio de auto interlocutorio de fecha 09 de junio de 2015, admitió la demanda y ordenó la



13001-33-31-000-2015-00077

notificación de la misma a la entidad accionada. La admisión de la demanda fue notificada personalmente a la accionada según consta a folio 76.

Vencido el traslado de la demanda, se fijó el día 29 de septiembre de 2015 para que se llevara a cabo la audiencia inicial.

La audiencia, en aplicación a lo señalado en el artículo 180 del C.P.A.C.A., desarrolló en las etapas de saneamiento, excepciones previas, fijación de litigio, decreto de pruebas, posibilidades de conciliación. En la etapa de saneamiento, se concluyó que no había irregularidades dentro del desarrollo del proceso, así como también por la falta de comparecencia de las partes, se declaró fallida la conciliación.

El litigio se fijó en los siguientes términos: *"Determinar si el señor Jorge Enrique Narváez Romero tiene derecho a que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUÉ, le pague las prestaciones sociales como prima, vacaciones, cesantías, intereses de cesantías y los salarios dejados de percibir de los meses de mayo a junio y los 21 días del mes de julio de 2011, correspondientes al tiempo laborado del 21 de enero del 2011 al 21 de julio de la presente anualidad"*.

Por razones de celeridad, eficacia y contradicción, en la audiencia inicial como consta a folio 81 reverso, se decidió que era innecesaria efectuar la audiencia de pruebas, por lo que las partes contaron con un plazo para presentar probanzas documentales.

6. PROBLEMA JURÍDICO

Se centrará en resolver el siguiente interrogante:

¿La parte accionante tiene o no derecho a que la Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué, le reconozca y pague las prestaciones sociales de primas, vacaciones, cesantías, intereses de cesantías y los salarios dejados de percibir desde los meses de mayo a junio y los 21 días del mes de julio de 2011 como también el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995?

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Tesis.

Esta Corporación Judicial decidirá declarar la nulidad parcial del acto ficto atacado, y como consecuencia condenará a la accionada al pago de la sanción moratoria, en tanto que incurrió en mora por no reconocer y cancelar



13001-33-31-000-2015-00077-00

las cesantías en favor del accionante dentro de los plazos que exige la Ley 244 de 1995, por otra parte declarará *ex officio* la prescripción de los salarios y prestaciones sociales pedidos por el actor, por cuanto el mismo no presentó la demanda dentro del término de los tres años posteriores a la exigibilidad de éstos derechos.

Marco Jurídico Aplicable al Caso.

- Salarios.

De conformidad con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, el salario es no solamente la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

- Primas de servicios

Esta prima fue creada por el Decreto 1042 de 1978, la misma se reconoce anualmente, en los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año y es equivalente a 15 días de remuneración de acuerdo con los factores salariales de asignación básica, incremento de salario por antigüedad, gastos de representación, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, 1/12 de la bonificación por servicios prestados a 30 de junio de cada año.

En el evento en que el empleado no haya laborado por un año completo, conforme al artículo 60 del Decreto precitado, se pagará proporcionalmente a razón 1/12 parte por cada mes completo de labor, entendiéndose desde el primero al treinta de cada mes y siempre que se hubiese prestado los servicios por lo menos un semestre.

- Prima de navidad.

Prima consagrada en el Decreto 1045 de 1978, equivalente a (1) mes de remuneración correspondiente al cargo que desempeñe el funcionario a 30 de noviembre de cada año, siempre que el funcionario haya laborado el año completo o si no en forma proporcional a razón de 1/12 por cada mes completo de labor.

Esta prestación se cancelará en la primera quincena del mes de diciembre y se tendrán en cuenta los siguientes factores salariales: asignación básica



13001-33-31-000-2015-00077-00

mensual, incremento de salario por antigüedad, gastos de representación, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, 1/12 bonificación por servicios prestados, 1/12 prima de servicios, 1/12 prima de vacaciones.

- Vacaciones.

Contemplada en el artículo 8 del Decreto 1045 de 1978, esta se reconoce cada vez que el empleado cumpla un (1) año completo de servicios y son equivalentes a un descanso remunerado en 15 días hábiles y se liquidan de acuerdo al número de días calendario equivalente a quince (15) días hábiles sobre el disfrute de vacaciones.

- Cesantías e intereses a cesantías.

La prestación social del auxilio de cesantías fue consagrada por la Ley con el propósito de amparar al empleado cuando se halle cesante o desempleado. Esta prestación está a cargo del empleador, quien tiene la obligación de reconocerlas al empleado al finalizar la relación laboral, en caso que no hayan sido depositadas en un fondo privado.

Aunado a lo expuesto, este auxilio se constituye en un ahorro disponible para eventos en los que el trabajador requiere invertir en educación, vivienda o desempleo.

En este sentido, en la actualidad perviven las siguientes normas jurídicas que regulan las cesantías:

- El literal f del artículo 12 de La Ley 6 de 1945 consagró a favor de los trabajadores oficiales, el derecho al auxilio de cesantías a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio y, proporcionalmente, por fracciones de año, y el literal a) del artículo 17 *ibídem* estableció que ese auxilio se reconocería con destino a todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.
- El Decreto 1160 de 1947 «sobre auxilio de cesantías», en su artículo 6, señaló que para liquidar las cesantías se toma como base el último sueldo o jornal, salvo que hubiera sufrido modificaciones en los 3 últimos meses, caso en el cual se toma el promedio de lo devengado en los últimos 12 meses o en todo el tiempo servido, si fuere menor a ese lapso.

Ahora bien, el Decreto 3118 de 1968 creó el Fondo Nacional de Ahorro, y dentro de los objetivos para la administración de sus recursos, fijó los siguientes:

«pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales»⁸, y «proteger dicho auxilio contra la depreciación monetaria»⁹,



13001-33-31-000-2015-00077-00

Con tales finalidades, el artículo 3 del Decreto 3118 de 1968 determinó que las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado debían ser liquidadas y entregadas al Fondo; así mismo, en su artículo 22 ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social realizar, con corte a 31 de diciembre de 1968, la liquidación de cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales afiliados a ella.

Con lo previsto en los artículos 27, 28 y 33 *ibídem* empezó el llamado «desmonte del régimen de retroactividad de cesantías», pues se dispuso la liquidación anual de esta prestación para los empleados y trabajadores de las entidades aludidas previamente, y la liquidación definitiva por la porción de tiempo laborada durante el año del retiro, así como el reconocimiento de intereses anuales del 9%, a ser liquidados el 31 de diciembre de cada año, sobre el saldo que figure a favor de cada empleado.

El Decreto 432 de 1998 «por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones», mantuvo el objetivo de administrar de manera eficiente las cesantías, y dentro de sus funciones, las de recaudo y pago de ese auxilio a los afiliados, al igual que la protección contra la pérdida de su valor adquisitivo. Además, en los artículos 11 y 12 *ibídem*, fijó a favor de sus afiliados un monto por concepto de intereses, con el propósito de evitar la pérdida del poder adquisitivo del auxilio de cesantías depositado, y un porcentaje a título de intereses sobre las cesantías.

En el evento en que el empleador no consigne dentro del término de ley las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, el artículo 6° *ibídem* dispone que el FNA tendrá derecho a cobrar a su favor intereses por mora, tal y como sigue:

“ARTÍCULO 6°.- Trasferencia de cesantías de servidores públicos. En la fecha establecida para efectuar las consignaciones de los aportes a los sistemas general de pensiones y de seguridad social en salud, las entidades públicas empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional de Ahorro una doceava parte de los factores de salarios que sean base para liquidar las cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior para los servidores públicos afiliados.

El incumplimiento de la obligación aquí establecida dará derecho al Fondo para cobrar a su favor intereses moratorios mensuales, equivalentes al doble del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las sumas respectivas para todo el tiempo de la mora”.

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.



13001-33-31-000-2015-00077-00

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 causal de mala conducta que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

En todo caso, se debe señalar que la 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», dio un paso adicional encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su artículo 13, lo siguiente:

ARTÍCULO 13.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, **a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:**

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo; (negrilla de la Sala)".

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo artículo 99 consagró:

ARTÍCULO 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

4. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

Finalmente, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo



13001-33-31-000-2015-00077-00

Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus artículos 5 y siguientes. Así lo determinó:

ARTÍCULO 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y **el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.** (Se resalta).

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores¹³.

La 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» en su artículo 1 estableció el término de quince (15) días para que la administración expida el acto de reconocimiento de cesantías definitivas de los servidores públicos, que han de contarse desde la fecha de radicación de la solicitud que se haga en tal sentido, en todo caso, determinó que en el evento de que la solicitud esté incompleta, el empleador debe manifestarlo así al peticionario, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, y señalar expresamente los requisitos de que adolece, de modo que una vez se alleguen, pueda proferir el acto que reconozca la prestación, en el término inicialmente indicado.

Conforme a todo lo expuesto, entonces se definen tres regímenes distintos de liquidación de cesantías para el sector público, a saber:

El Sistema retroactivo, donde las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses. Se rige por la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.

De liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, que incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador y cobija a las personas vinculadas a éstos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del Decreto 1582 de 1998.

El Sistema del Fondo Nacional de Ahorro, el cual rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la



13001-33-31-000-2015-00077-00

moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación¹.

Es importante anotar que la aplicabilidad de cada régimen debe hacerse en su totalidad, sin que puedan mezclarse sus contenidos normativos, de acuerdo al principio de inescindibilidad.

- **Sanción Moratoria.**

El accionante aduce que la accionada está obligada a la sanción moratoria regulada por la Ley 244 de 1995, de manera que se hará una síntesis del contenido y procedencia de la misma a la luz de la Jurisprudencia del Consejo de Estado.

Al respecto, la Suprema Autoridad de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa por medio de sentencia de 30 de marzo de 2017 con radicación 08001233300020140033201 puntualizó que:

"En atención a la importancia del auxilio de cesantías el legislador estableció por medio de la Ley 244 de 1995²⁶, la obligación de la entidad de empleadora la obligación de liquidación y reconocimiento de la prestación social en el evento en que el servidor público llegare a quedar cesante, con la finalidad de que atienda sus necesidades básicas (cesantías definitivas); o durante la vigencia del vínculo laboral (cesantías parciales), siempre que se cumplan determinados requisitos para su reconocimiento relacionados con educación, mejoramiento o compra de vivienda.

Es así como dentro de los 15 días siguientes a la solicitud del interesado, la entidad pública empleadora deberá expedir la resolución correspondiente y tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la fecha en que adquiere 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.

La Ley 244 de 1995 fue modificada por la Ley 1071 de 2006²⁷, cuyo objeto fue la reglamentación del reconocimiento de cesantías definitivas o parciales para los trabajadores y servidores del Estado. Igualmente, la adicionó para señalar que los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios²⁸ podrán solicitar el retiro parcial de sus cesantías en aspectos relativos a vivienda y educación.

Así pues, la indemnización moratoria se concibe como una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el reconocimiento y pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada ley.

Ahora, la citada disposición si bien consagra el término en que debe la administración resolver la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas del servidor, también lo es

¹ Tomado de la sentencia fechada 19 de julio de 2007, proferida por la Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado, dentro del expediente N° 9228-05, en la cual fue Consejero Ponente el Dr. Jaime Moreno García.



13001-33-31-000-2015-00077-00

que, dicha normativa condiciona el deber de expedir la respectiva resolución al cumplimiento de todos los requisitos determinados en la Ley". (Negritas de la Sala).

En este sentido, el Consejo de Estado concluyó que el término para el cumplimiento de la obligación establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, se contabiliza a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas, dicho de otra manera, cuando no se interpongan recursos contra el mismo, cuando se renuncie expresamente a ellos o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido, salvo en los eventos en que la administración no se pronuncie frente a la solicitud del pago del auxilio de cesantía o lo haga en forma tardía, en los que el término para el cálculo de la indemnización moratoria comenzará a computarse una vez transcurridos 65 o 70 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud².

Con base en lo antecedente, la Suprema Corporación de esta Jurisdicción esquematizó los plazos correspondientes para efectos de determinar la exigibilidad de la sanción moratoria así:

15 días hábiles a partir de la solicitud, para expedir el acto de reconocimiento
5 o 10 días hábiles de ejecutoria del acto de reconocimiento, según el caso
45 días hábiles para efectuar el pago de las cesantías
En total son 65 o 70 días, según el caso

Se aclara que adicionalmente a los 15 días para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, se debe sumar el tiempo de ejecutoria del acto, esto es: i). 5 días si la solicitud ante la administración se radicó en vigencia del CCA o, ii) 10 días si se presentó en vigencia del CPACA.

- Prescripción trienal

Para el análisis de fondo del caso, se requiere determinar el fenómeno procesal de la prescripción, en tal sentido el Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, en el artículo 41 sobre la prescripción de los derechos dispone:

"Artículo 41. 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

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 2 de marzo de 2017. Rad. 1721-2014. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.



13001-33-31-000-2015-00077-00

competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual". (Negritas de la Sala).

Esta norma jurídica consagra que las acciones que surjan de los derechos de los trabajadores o empleados pueden prescribir si no se reclaman oportunamente, esto es dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad; agregando esta norma que el reclamo escrito del empleado ante la respectiva autoridad competente interrumpe ese término por una sola vez y por el mismo tiempo.

Así mismo, el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968, en su artículo 102 consagra lo siguiente sobre la prescripción:

ARTÍCULO 102. PRESCRIPCION DE ACCIONES: 1. 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, pero solo por un lapso igual. (Negritas de la Sala).

Como se observa, ambas disposiciones consagran las condiciones que se deben cumplir para que los derechos que tienen origen en ellas prescriban si no se presenta reclamación por escrito ante la entidad o empresa obligada al reconocimiento. Como plazo perentorio se señaló 3 años que se contabilizan a partir de que la obligación es exigible.

Análisis Crítico de las Pruebas y Razonamientos Jurídicos del Caso en Concreto.

En consonancia con el material probatorio obrante en el expediente, se tendrá por cierto que el señor Jorge Enrique Narváez Romero en calidad de accionante, laboró para la Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué como médico desde el 21 de enero de 2011 hasta el 20 de julio de 2011, pues así se acredita con la resolución de nombramiento número 0027 de 2011 (folio 25), el acta de posesión número 0240 (folio 26) y la resolución número 0308 de 2011 que dio por terminado sus servicios (folio 27). Del mismo modo, a folio 25 y 59 se consigna que el actor devengaba una asignación básica mensual de dos millones quinientos cuarenta y tres mil ciento ochenta y ocho pesos (\$2.543.188).

Con base en lo previo, la parte actora sostuvo en el libelo de la demanda que la accionada le adeuda salarios de mayo a junio, y 20 días del mes de julio por un valor de seis millones setecientos ochenta y un mil ochocientos treinta y cuatro pesos (\$ 6.781.834), afirmación que no fue desvirtuada por la entidad accionada por medio de una prueba idónea que acredite el pago de dicho monto por el tiempo indicado, pues solamente aportó una certificación



13001-33-31-000-2015-00077-00

emitida por su Jefe Administrativo y Financiero que señala que debe cuatro millones seiscientos ochenta y cinco mil novecientos ochenta y ocho (4.685.988) (folio 51). En consecuencia, por no hallar constancia que acredite el pago de salarios reclamados, la accionada está obligada a cancelar la suma señalada por el actor en su demanda.

Por otra parte, la parte activa de esta relación procesal indicó que la ESE de Magangué no le canceló las primas de servicios, al respecto, la accionada tampoco demostró el pago de dicha obligación, por su parte a folio 52 se constata que la Jefe de Recursos Humanos de la demandada se limitó a reconocer la liquidación de prestaciones sociales sin incluir esta prima con la justificación de que el accionante no duró un año prestando sus servicios. No obstante, el artículo 60 del Decreto 1042 de 1978³ reconoce esta prestación proporcionalmente al tiempo laborado, de manera que el actor tiene derecho a que la accionada le reconozca la suma de seiscientos treinta y cinco mil setecientos noventa y siete (\$ 635,797) por concepto de primas de servicio.

En el mismo orden, el accionante en su *petitum* solicitó el pago de la prima de navidad, a la cual también tiene derecho el actor por un valor de un millón doscientos setenta y un mil quinientos noventa y cuatro pesos (\$ 1,271,594) por los seis meses laborados, pues el artículo 32 del Decreto 1045 de 1978⁴ reconoce esta prestación aunque el servidor público haya laborado por un tiempo menor a un año como también porque la entidad accionada no probó mediante documentación alguna la *solutio*⁵ de la misma, pues la liquidación de prestaciones sociales emitida por la Jefe de Recursos Humanos y el certificado de disponibilidad presupuestal si bien reconocen esta obligación por el valor de un millón trescientos once mil novecientos cuatro pesos (\$1.311.904), no prueban *per se* el pago de dicha obligación.

De igual manera, el señor Narváez Romero por conducto de su apoderado solicitó el pago de vacaciones, pretensión que no tiene vocación de

³ **Decreto 1042 de 1978. ARTÍCULO 60. Del pago proporcional de la prima de servicio.** Cuando el funcionario no haya trabajado el año completo en la misma entidad tendrá derecho al pago proporcional de la prima, en razón de una doceava parte por cada mes completo de labor y siempre que hubiere servido en el organismo por lo menos un semestre

⁴ Decreto 1045 de 1978. Artículo 32. ARTICULO 32. DE LA PRIMA DE NAVIDAD. Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de una prima de Navidad. Respecto de quienes por disposición legal o convencional no tengan establecida otra cosa, esta prima será equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado a treinta de noviembre de cada año. La prima se pagará en la primera quincena del mes de diciembre, cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante todo el año civil, tendrá derecho a la mencionada prima de Navidad en proporción al tiempo laborado, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable.

⁵ Pago en latín.



13001-33-31-000-2015-00077-00

prosperar, toda vez que el artículo 8 del Decreto 1045 de 1978⁶, el cual regula las vacaciones de los empleados públicos y trabajadores oficiales no distingue que deberá reconocerse proporcionalmente por el tiempo laborado sino que se cancelará por cada año de servicios. (*Principio donde la ley no distingue no le es dado al intérprete hacerlo*⁷).

Ahora bien, la parte actora tiene derecho al pago de auxilio de cesantías definitivas por el periodo de seis meses laborados, la cual es por un valor de un millón (\$ 1.271,594), entendiendo que las mismas se liquidan con base en un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción correspondiente, de conformidad con el numeral 1 del artículo 99 de Ley 50 de 1990 y la Jurisprudencia del Consejo de Estado⁸. Adicionalmente se reconoce el derecho que le asiste al accionante, relacionado con el pago de intereses a cesantías por un valor de ciento cincuenta y dos mil quinientos noventa y un pesos (\$ 152,591), considerando que los intereses se tasan en un 12% anuales o proporcionales por fracción conforme al numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

El reconocimiento de estas dos últimas prestaciones se deriva de la ausencia de pruebas aportadas por la accionada, que den cuenta que las pagó, máxime cuando ni siquiera contestó la demanda

A pesar de las anteriores acreencias a las que el demandante tiene derecho, debe señalarse que las mismas no serán ordenadas en la parte resolutive de éste proveído, por cuanto ha operado la prescripción de los señalados derechos laborales, en razón a que dichos derechos se hicieron exigibles a partir del 21 de julio de 2011, fecha en que fue desvinculado laboralmente el empleado, por lo que contabilizados los tres años para determinar la prescripción, se tiene que se cumplen el 21 de julio de 2014, no obstante, en el expediente obra una reclamación administrativa de fecha 05 de octubre de 2011 (folios 21 a 23) y una solicitud de conciliación extrajudicial el día 15 de agosto de 2014 (folio 32), de manera que respectivamente opera la interrupción y suspensión de la prescripción.

Por lo que determinando la prescripción por la reclamación administrativa, se tiene que el 05 de octubre de 2014 operaría la prescripción, pero se interrumpe el 15 de agosto de 2014 con la solicitud de la conciliación extrajudicial,

⁶ Decreto 1045 de 1978. ARTICULO 8o. DE LAS VACACIONES. Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios, salvo lo que se disponga en normas o estipulaciones especiales. En los organismos cuya jornada semanal se desarrolle entre lunes y viernes, el sábado no se computará como día hábil para efecto de vacaciones.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C 317 de 2012. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.

⁸ Sala de Consulta y Servicio Civil C.P.: Flavio Augusto Rodríguez Arce, veintidós (22) de agosto de dos mil dos (2002) Radicación número: 1448.



13001-33-31-000-2015-00077-00

reanudándose el 15 de octubre de la misma anualidad con la expedición del acta que declara fallida la conciliación, restando un mes y 20 días para que se materialice, los cuales se satisfacen el 05 de diciembre de 2014.

Con base en lo anterior, el accionante debía presentar la demanda ante esta Jurisdicción a más tardar el 5 de diciembre de 2014, sin embargo, radicó la acción judicial el 05 de febrero de 2015 (folio 63), configurándose la prescripción frente a los salarios adeudados, primas de servicios, de navidad, cesantías e intereses a cesantías, entendiéndose por esto que al accionante le prescribieron estos derechos.

Por último, en cuanto a la condena por sanción moratoria en perjuicio de la entidad accionada, vale decir que la misma es procedente, toda vez que en el proceso se constata que la Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué omitió reconocer la liquidación definitiva y efectuar el pago de las cesantías adeudadas al actor dentro del término previsto por la Ley 244 de 1995.

Lo anterior se fundamenta en que el señor Narváez Romero en ejercicio de su derecho de petición (folios 21 a 23) solicitó la liquidación y pago de las cesantías el día 5 de octubre de 2011 ante la accionada, debiendo ésta última efectuar el reconocimiento y pagarlas dentro de los 65 días exigidos por la Ley 244 de 1995, es decir, hasta antes del 12 de enero de 2012. No obstante, no se verifica en el sumario que la entidad accionada haya expedido los actos administrativos de reconocimiento de la liquidación definitiva de cesantías. Esto trae consigo que la accionada haya incurrido en mora en el pago de las cesantías definitivas, generándole en su perjuicio la obligación consagrada en el parágrafo del artículo 2 de la Ley *ibídem* a saber:

"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. (...).

Siendo así las cosas, se condenará a la demandada a la sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora a partir del 12 de enero de 2012 y hasta cuando se haga efectiva la consignación de las cesantías debidas o se compruebe el pago efectivo.

Ahora bien, en cuanto a la prescripción de la sanción moratoria, vale decir que la misma no opera, toda vez que la exigibilidad de la mencionada obligación se predica desde el día 12 de enero de 2012 pues es la fecha en la que transcurren los 65 días hábiles señalados por la Ley 244 de 1995,



13001-33-31-000-2015-00077-00

cumpléndose los tres años el día 02 de marzo de 2015, en tanto que la prescripción se suspendió el 15 de agosto de 2014 por la solicitud de conciliación extrajudicial, faltando cuatro meses y quince días para que se configurara, es decir, hasta el 2 de marzo de 2015 y la demanda fue radicada el 5 de febrero de 2015 (folio 63), procediendo así la sanción moratoria en perjuicio de la demandada.

Por las razones de *facto* y de *iure* antes expuestas, se declarará parcialmente la nulidad del acto ficto o presunto originado por la ausencia de respuesta a la reclamación administrativa efectuada por el accionante el día 5 de octubre de 2011; como consecuencia, se ordenará a título de restablecimiento del derecho, la condena a la demandada a reconocer y pagar a favor del actor la sanción por mora de la que trata la Ley 244 de 1995.

8. COSTAS

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1º del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte vencida en el proceso cuando objetivamente se cumpla con la regla de no haber salido adelante en sus pretensiones y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará a la parte demandada al pago de costas que efectivamente se hayan causado, ordenando a la Secretaría General de esta Corporación su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho que procederá a fijar la Sala dando aplicación al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, en su artículo 3 y 4, en concordancia con el numeral 3.1.2 del artículo 6º, en el cual se dispone que en los asuntos de primera instancia con cuantía adelantados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las agencias en derecho se fijarán en la suma de hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Teniendo en cuenta que en el caso concreto la parte demandante estimó la pretensión relacionada con la sanción moratoria en la suma de \$90.707.038, conforme consta a folio 11 de la demanda; la Sala de Decisión fijará las agencias en derecho en la suma de noventa mil setecientos siete pesos (\$ 90.707), que corresponden al cero punto un por ciento (0.1%) de la mencionada pretensión, considerando la naturaleza del asunto objeto de



13001-33-31-000-2015-00077-00

estudio, la calidad y la duración útil de la gestión y la cuantía de la pretensión prescrita en la sentencia.

9. DECISIÓN

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

FALLA

1°. DECLÁRASE parcial la nulidad del Acto administrativo ficto o presunto que se configuro por la no contestación de la petición elevada el día 05 de octubre de 2011 ante la Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

2°. ORDÉNASE a título de restablecimiento del derecho, que la ESE del Municipio de Magangué reconozca y pague al señor Narváez Romero la sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora, a partir del 12 de enero de 2012, y hasta cuando se haga efectiva la consignación de las cesantías debidas o se compruebe el pago efectivo.

3°. DECLÁRASE EX OFFICIO la prescripción de los siguientes conceptos y valores a los que tenía derecho la parte actora:

"Salarios adeudados: Seis millones setecientos ochenta y un mil ochocientos treinta y cuatro pesos (\$ 6.781.834). **Primas de servicios:** seiscientos treinta y cinco mil setecientos noventa y siete pesos (\$ 635,797). **Primas de navidad:** Un millón doscientos setenta y un mil quinientos noventa y cuatro pesos (\$ 1, 271,594). **Cesantías:** Un millón doscientos setenta y un mil quinientos noventa y cuatro pesos (\$ 1.271,594). **Intereses a cesantías:** Ciento cincuenta y dos mil quinientos noventa y un pesos (\$ 152,591)".

4°. CONDÉNASE en costas a la parte demandada. Por secretaría, una vez en firme la sentencia se liquidará. Se reconocen como agencias en derecho la suma de noventa mil setecientos siete pesos (\$ 90.707), de conformidad con lo dispuesto en lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

5°. NIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

6° NOTIFÍQUESE esta sentencia, en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.



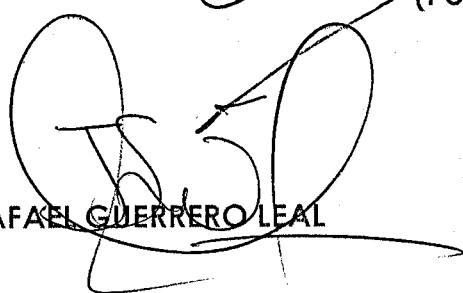
6°. Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

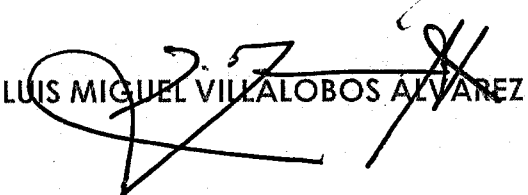
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)


JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ