



Radicado: 13-001-33-33-000-2016-00737-00
Demandante: LUZ FARIDES BARRETO IBÁÑEZ

Cartagena de Indias D. T. y C, diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-000-2016-00737-00
Demandante	LUZ FARIDES BARRETO IBÁÑEZ
Demandado	EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO RIO GRANDE DE LA MAGDALENA DE MUNICIPIO DE MAGANGUÉ – BOLÍVAR
Tema	Sanción moratoria ley 244
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija nº 001 de Decisión Oral a dictar sentencia de primera instancia, en el proceso promovido por la señora Luz Farides Barreto Ibañez, por conducto de apoderado especial, contra la E.S.E. Rio Grande de la Magdalena del Municipio de Magangué - Bolívar, en el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretendiendo las siguientes declaraciones y condenas:

III.- ANTECEDENTES

1. PETITUM.

Declarar la Nulidad del Acto administrativo contenido en la respuesta de fecha 15 de diciembre de 2016, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora al actor establecida en la ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006, hasta cuando se hizo efectivo el pago.

Declarar que la actora tiene derecho a que la entidad demandada reconozca y pague la sanción por mora establecidas en la ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006.

2. HECHOS

A continuación, se resumen los narrados en la demanda así:



Radicado: 13-001-33-33-000-2016-00737-00
Demandante: LUZ FARIDES BARRETO IBÁÑEZ

La señora Luz Farides Barreto Ibáñez, fue nombrada en el servicio social obligatorio como bacterióloga código 217 en la ESE del Municipio de Magangué, por el término de 6 meses en el periodo comprendido entre el 11 de marzo al 10 de septiembre de 2010.

Al finalizar la relación laboral, la demandada no canceló lo correspondiente a salarios y prestaciones sociales.

A través de memorial de fecha 14 de octubre de 2010, la actora solicitó el pago de sus prestaciones sociales. La demandada mediante Resolución 0209 del 03 de mayo de 2011, reconoce y autoriza el pago de prestaciones sociales, entre ellas el derecho a cesantías.

Hasta la fecha no se ha hecho efectivo el pago de ninguno de los conceptos contenidos en la Resolución 0209 del 03 de mayo de 2011; el Concejo Municipal de Magangué, a través del acuerdo 011 de 2013 aprobó la variación del nombre o razón social de la Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué, por la Empresa Social del Estado Río Grande de la Magdalena, del municipio de Magangué - Bolívar, sin modificar su número de identificación tributaria.

La actora solicitó reconocer a su favor el pago de la sanción moratoria hasta que se haga efectivo el pago de las cesantías; lo cual fue negado a través de respuesta de fecha 15 de diciembre de 2016.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Invoca en su demanda como sustento de sus pretensiones las siguientes normas de orden constitucional y legal:

Constitucionales:

Artículos 25 y 53

Normas Legales:

- Ley 91 de 1989
- Ley 244 de 1995
- Ley 1071 de 2006.



Radicado: 13-001-33-33-000-2016-00737-00
Demandante: LUZ FARIDES BARRETO IBÁÑEZ

En esa misma diligencia, por no haber pruebas que practicar, se ordenó correr traslado a las partes por el término de diez (10) días, para que presentaran sus alegatos por escrito. Dentro de dicho término solo la parte demandante presentó sus alegaciones (FLS. 58-59B). El señor Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

- Competencia.

Es competente este Tribunal para conocer del presente proceso en primera instancia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 152, numeral 2 de la ley 1437 de 2011.

- Excepciones.

Sin excepciones que resolver.

- Problema jurídico.

Tal como se dispuso en la fijación del litigio, el debate se centra en determinar si la señora Luz Farides Barreto Ibañez, tiene derecho a que la accionada, reconozca y pague la sanción moratoria por falta de consignación de las cesantías definitivas, establecida en la ley 244 de 1995.

- Tesis.

La actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la ley 244 de 1995, por el no pago de las cesantías definitivas, sin embargo, por no haber reclamado dentro de los plazos legales para interrumpir la prescripción extintiva, se declarará de oficio la excepción.

- Marco normativo y jurisprudencial.

Cesantías, concepto y Marco Normativo.

El auxilio de cesantías es una prestación social establecida por la Ley con el fin de amparar al empleado cuando este quede cesante o desempleado. Esta prestación está a cargo del empleador, quien tiene la obligación de reconocérselas a sus trabajadores al terminar la relación laboral, en caso que no hayan sido depositadas en un fondo privado, según lo establece la ley. Además, se constituye en un ahorro disponible para eventos en los que el trabajador necesite invertir en educación, caso o desempleo.



4. POSICIÓN DE LAS PARTES

4.1. La parte demandante.

En su concepto de violación manifiesta que el acto demandado viola la Constitución, por cuanto desconoce que el trabajador tiene el derecho de rango constitucional, de recibir el pago oportuno de las cesantías. Siendo que la sanción moratoria es consustancial al estado social de derecho, por lo que resulta inconcebible que, bajo los principios y preceptos superiores, el pago tardío de las cesantías no genere sanción moratoria alguna; y a la vez injustificable que el trabajador deba soportar los perjuicios ocasionados por la mora, así como la pérdida de poder adquisitivo de la moneda.

4.2. Parte demandada.

No contestó la demanda.

5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el día 04 de mayo de 2017, paso seguido se repartió entre los Juzgados Administrativos de Bolívar, correspondiéndole Juzgado 6 Administrativo de Cartagena, que mediante auto fechado 18 de julio de 2017 declaró la falta de competencia y ordenó remitirlo a la Oficina Judicial para que efectuara el reparto entre los Magistrados del Tribunal Administrativo de Bolívar. Correspondiéndole al Despacho n° 001, el cual, Mediante auto de 23 de agosto de 2017, admitió la demanda y ordenó la notificación de la misma a la entidad demandada. La admisión de la demanda fue notificada personalmente según consta en (folios 34).

Vencido el traslado de la demanda, a través de proveído del 18 de junio de 2018, se fijó el día 19 de marzo de 2019 para llevar a cabo audiencia inicial. La audiencia en aplicación a lo señalado en el artículo 180 del C.P.A.C.A, se 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. El litigio se fijó en los siguientes términos: *"consiste en determinar si el acto administrativo que negó el reconocimiento a una sanción por mora por el pago tardío de las cesantías definitivas se encuentra incurso en las causales de nulidad alegadas por el actor y en caso positivo si se tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la ley 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de las cesantías definitivas."*



Como marco normativo se tiene que las disposiciones más relevantes en la materia son:

- Ley 6ª de 1945, artículo 17, literal a) estableció por primera vez para los empleados y obreros nacionales de carácter permanente el auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero teniendo en cuenta sólo los servicios prestados con posterioridad al 1º de enero de 1942.

- Ley 65 de 1946, dispuso: *"Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las Ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho a auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera sea la causa del retiro"*

- Los Decretos 2567 de 1946 y 1160 de 1947 establecieron los parámetros a tener en cuenta al momento de realizar la liquidación de las cesantías.

- Posteriormente, el artículo 27 del Decreto 3118 de 26 de diciembre de 1968, preceptuó, que cada año calendario, contado a partir del 1 de enero de 1969, Los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados. De igual manera advirtió, que la liquidación anual así practicada, tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse, aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

En el artículo 33 ibídem, se establecieron intereses en favor de los trabajadores, del 9% anual sobre las cantidades que a 31 de diciembre de cada año, figuraran a favor de cada empleado público o trabajador oficial; porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del **artículo 3º de la Ley 41 de 11 de diciembre de 1975**¹.

Así, con la expedición del Decreto 3118 de 1968, se da comienzo, en el sector público, especialmente en la Rama Ejecutiva Nacional, al desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual. El pago de intereses a cargo del Fondo Nacional de Ahorro, se previó para proteger dicha prestación de la depreciación monetaria.

¹ "Por la cual se modifica el Decreto ley 1253 de 1975 y se dictan otras disposiciones".



En el orden territorial, el auxilio de cesantía continuó bajo los parámetros de la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, que consagran su pago en forma retroactiva.

La Ley 50 de 1990 modificó el sistema de liquidación, reconocimiento y pago de cesantías en el sector privado, a través de los llamados fondos de cesantías, se estableció el régimen anualizado de liquidación de cesantías y, en el numeral 3º, **la sanción moratoria** por la no consignación oportuna de tal auxilio, a los trabajadores a los fondos privados. Las características de este régimen anualizado se concretaron en el artículo 99 de la misma ley así:

"ARTICULO 99. El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: 1ª) 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.

2a.) 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.

*3a. 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 día de retardo.**" (...).*
(Negrillas de la Sala)

Se expidió luego, la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", que en su artículo 242 inciso tercero, estableció la siguiente prohibición: "A partir de la vigencia de la presente ley no podrán reconocerse ni pactarse para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantía a ellos aplicable".

El artículo 13 de 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", estableció un nuevo régimen de liquidación anual de cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vincularan a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que fuera su nivel (nacional, departamental, municipal, o distrital).

Con la Ley 432 de 29 de enero de 1998, se estableció la obligación de afiliación al Fondo Nacional de Ahorro, para los servidores públicos de la



Radicado: 13-001-33-33-000-2016-00737-00
Demandante: LUZ FARIDES BARRETO IBÁÑEZ

Rama Ejecutiva del orden nacional y la posibilidad de que los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, hicieran lo propio. En lo referente a la transferencia de las cesantías de los servidores públicos, el artículo 6 ibídem, dispuso:

"ARTÍCULO 6. - Tráferencia 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 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.

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 todas las entidades públicas será obligatorio incluir en sus presupuestos las partidas necesarias para atender las cesantías de la respectiva vigencia, como requisito indispensable para su presentación, trámite y aprobación por parte de la autoridad correspondiente.²

En el ámbito territorial, ese nuevo régimen de liquidación anualizada de cesantías, fue reglamentado por medio del Decreto 1582 5 de agosto de 1998, vigente a partir del 10 de agosto del mismo año, que en su artículo 1º estipuló:

"Artículo 1º.- El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1.996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102 y 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1.990; 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 1.998.

Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional del Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6º de la ley 432 de 1998".

² Esta norma fue modificada por el artículo 193 del Decreto 19 de 10 de enero de 2012.



Por su parte, la Ley 244 de 29 de diciembre de 1995, fijó los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos de los órganos y entidades del estado y estableció sanciones, por la mora en el pago de dicha prestación, así:

"ARTÍCULO 1º Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hace falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo."

"ARTÍCULO 2º La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías 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 sólo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste."

Finalmente, el artículo 1º del Decreto 1252 de 30 de junio de 2000, dispuso que los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la Fuerza Pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de su vigencia, tendrían derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y 432 de 1998, según el caso.

Y el artículo 2º ibídem, señaló que los servidores públicos que, a la fecha de 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas, continuarían en dicho régimen, hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.

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



Radicado: 13-001-33-33-000-2016-00737-00
Demandante: LUZ FARIDES BARRETO IBÁÑEZ

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 moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación.³

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.

Sobre el principio de inescindibilidad el Consejo de Estado, ha dicho:

*"No obstante, al principio de favorabilidad aplicado por el a quo le secunda el principio de inescindibilidad de la Ley, en virtud del cual **la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad, quedando prohibido dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca. De esta manera, quien invoca un ordenamiento que le beneficia y quien en efecto lo aplica, no puede recoger prebendas contenidas en el uno para incrustarlas en la aplicación del otro**"*⁴

(Negrilla de la Sala)"

- **Caso concreto.**

De conformidad con el material probatorio obrante en la carpeta contentiva del proceso de la referencia, se tiene que mediante Resolución N° 0167 del 11 de marzo de 2010, se nombra en el Servicio Social Obligatorio como Bacterióloga código 217 en la Empresa Social del Estado del Municipio de Magangué, por el termino de 6 meses, a partir del 11 de marzo hasta el 10 de septiembre de 2010, a la señora Luz Farides Barreto Ibañez,

³ 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.

⁴ Consejo de Estado C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 8 de mayo de 2008. Expediente 1371-07.



Radicado: 13-001-33-33-000-2016-00737-00
Demandante: LUZ FARIDES BARRETO IBÁÑEZ

con una asignación mensual de \$ 1.755.380 (fl.7), posesionada a través de acta n° 0211 del 11 de marzo de 2010. (fl.8)

Mediante Resolución n° 0670 del 10 de septiembre de 2010, se da por terminado a partir de la fecha el periodo de servicio social obligatorio – SSO- de la bacterióloga Luz Farides Barreto Ibañez. (fl. 9)

A través de Resolución n° 0209 del 03 de mayo de 2011, expedido por el Gerente (e) de la ESE resolvió pagar a la señora Luz Farides Barreto Ibañez, la suma de 2.324.1036, por concepto de liquidación de cesantías y demás prestaciones sociales de la accionada por el periodo comprendido del 11 de marzo al 10 de septiembre de 2010. (fls.13-14)

En el caso concreto, la demandante pretende que se le sean canceladas la sanción moratoria por el no giro oportuno de las cesantías definitivas reconocidas por medio de resolución n° 0209 del 03 de mayo de 2011, que corresponde el periodo comprendido del 11 de marzo hasta el 10 de septiembre de 2010, año en el cual se terminó la relación laboral entre las partes.

El Régimen de Cesantías para los servidores Público, Ley 244 del 29 de diciembre de 1995, artículo 1, el siguiente tenor literal:

"Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley."

Por su parte al artículo segundo establece:

"La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro."

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

Por su parte la ley 1071 de 2006, por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, estableció que:

"Artículo 4°. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el



Radicado: 13-001-33-33-000-2016-00737-00

Demandante: LUZ FARIDES BARRETO IBÁÑEZ

reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 5º. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

De acuerdo con el ingreso a la entidad demandada, sería aplicable el Régimen previsto en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, correspondiéndole la liquidación de las cesantías definitivas, una vez reconocidas tendrá un plazo de 45 días hábiles para pagarlas.

Descendiendo al caso que nos ocupa, se tiene que la actora pretende se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio sin número fechado 15 de diciembre de 2016, proferida por el Gerente de la ESE Río Grande de la Magdalena de Magangué Bolívar, en la cual negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, alegando que esta es solo susceptible de ser reconocidas por medio de sentencia judicial.

Se encuentra probado en el proceso, que la señora Barreto Ibañez, laboró en la ESE, y por medio de resolución 0209 de 03 de mayo de 2011, se le reconoció el pago de \$ 2.324.103 M/cte, por concepto cesantías y demás acreencias laborales.

Así mismo (tal y como lo narran los hechos de la demanda) no existe constancia de pago de acreencias laborales en la que se encuentra el reconocimiento de las cesantías definitivas.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, resulta claro que, a partir del reconocimiento de las cesantías, se superó el término de 50 días hábiles señalado en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, para el pago, generándose una mora de en el pago de las cesantías si se tiene en cuenta que los 45 días – en vigencia del Decreto 01 de 1984- hábiles contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento el cual **vencían el 26**



Radicado: 13-001-33-33-000-2016-00737-00
Demandante: LUZ FARIDES BARRETO IBÁÑEZ

de julio de 2011. En el presente caso y en razón al no pago, la contabilización de la mora debe iniciar a partir del vencimiento del término fijado por la ley para el pago de la prestación.

Término	Fecha	Caso concreto
Reconocimiento de la cesantías definitivas	03/05/2011	Fecha de reconocimiento: 03/05/2011 Fecha de pago: no reporta Período de mora: 27/07/2011 – prueba del pago efectivo
Vencimiento del término de ejecutoria – 5 días (Decreto 01 de 1984)	10/05/2011	
Vencimiento del término para el pago - 45 días (Art. 5 L. 1071/2006)	26/07/2011	

La sanción por la mora en el pago de la cesantía solicitada por la demandante se ha calculado en los términos planteados por la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵.

Ahora bien, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 y con su respectiva modificación realizada por la ley 1071 de 2006, la entidad demandada debió cancelar las cesantías al actor, a más tardar el día 26 de julio de 2011; fecha ésta en la que vencieron los 45 días hábiles contenido en el precepto normativo citado. Sin embargo, como ya quedó anotado, dentro del plenario la obligación no ha sido cancelada.

Se reitera, la administración omitió el cumplimiento de los términos consagrados en la ley para el pago de las cesantías reconocidas, es decir, 5 días que corresponden al término de la ejecutoria – en vigencia del decreto 01 de 1984 – y 45 días dentro de los cuales debía realizar el pago, contados los cuales, se entiende que **el pago debió producirse a más tardar el 26 de julio de 2011, el cual no se ha hecho en la actualidad.**

Para concluir, podemos afirmar que, en el presente caso, la entidad demandada incumplió los términos fijados en la Ley 1071 de 2006, para el pago de las cesantías definitivas del demandante, razón por la cual, es responsable de la sanción moratoria por el retardo en el pago de dichas cesantías reconocidas mediante la Resolución No. 0209 del 03 de mayo de 2011, emanada del Gerente de la ESE del Municipio de Magangué.

⁵ Ver C.E. Sección Segunda Subsección B, Sentencia del 14 de diciembre de 2015, Rad. 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

““(…) el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria. (...)” ”



Radicado: 13-001-33-33-000-2016-00737-00
Demandante: LUZ FARIDES BARRETO IBÁÑEZ

Por lo anterior -en principio- se podía decir que la entidad incumplió su obligación del pago de las cesantías del actor, por lo que se podría concluir que la demandante tiene derecho a que se le reconozca a su favor la sanción estipulada en la ley 244 de 1995, por el no pago oportuno de dicha prestación.

No obstante, a lo anterior, es se configura la prescripción extintiva de la sanción, por lo siguiente:

De la prescripción.

Respecto a la prescripción el Honorable Consejo de Estado establece como fenómeno de la prescripción lo siguiente:

"La prescripción es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva. La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados so pena de perder dicha administración.

(...)

La prescripción de derechos del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentra regulado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, el cual establece lo siguiente: "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 igual⁶"

Así mismo el alto Tribunal, ha manifestado que la prescripción trienal de los derechos laborales se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la entidad demandada.

La prescripción es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva.

La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados so pena de perder dicha administración.

⁶ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "B"- Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ-Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010).Radicación número: 47001-23-31-000-2003-00376-01(1201-08).Actor: MARCO FIDEL RAMIREZ YEPEZ Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE SITONUEVO – MAGDALENA.



Radicado: 13-001-33-33-000-2016-00737-00
Demandante: LUZ FARIDES BARRETO IBÁÑEZ

El Consejo de Estado frente a la prescripción de derechos, con ponencia Consejera: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá DC; veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015). Radicación número: 080012331000201200388 01 No. Interno: 4346-13 Actor: MARIA DEL SOCORRO CHISMAS ACEVEDO Demandado: INSTITUTO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PROTUARIO DE BARRANQUILLA – CONTRALORIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, estableció los siguientes:

"En pronunciamientos reiterados de la doctrina y la jurisprudencia, han señalado que la "prescripción es tener por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado se puede presumir que el titular lo ha abandonado [...] Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho, o sea, la negligencia real o supuesta del titular;..."

De acuerdo con lo anterior se tiene que la norma establece para el ejercicio de los derechos un tiempo determinado dentro del cual se debe solicitar su ejecución, y si transcurre dicho tiempo y no se solicitó, se traduce en la pérdida de interés para ejercerlo.

La prescripción de derechos del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentra regulado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, el cual establece lo siguiente:

"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."

El Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público, en el artículo 102, dispuso:

"PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan 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 sólo por un lapso igual."

Es decir, una vez causado un derecho, se cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo inicialmente ante la Administración y posteriormente en sede judicial; el solo hecho de reclamar ante la Administración, interrumpe el lapso de tiempo por otro periodo igual, lo que significa que inicia nuevamente a contarse los tres años.

En conclusión, la prescripción es el fenómeno a partir del cual, el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo,



Radicado: 13-001-33-33-000-2016-00737-00
Demandante: LUZ FARIDES BARRETO IBÁÑEZ

conforme a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten. En el evento de la prescripción extintiva, se hace referencia al deber que tiene cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial fijado en la ley; es decir, si los derechos que se han adquirido no se solicitan en un determinado lapso fijado por una norma, se pierde la oportunidad para ejercerlos ante la ausencia del interés que presume el legislador, por parte de quien ostenta el derecho.

En el caso concreto, las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2016 no consagraron expresamente la prescripción frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, lo cual no significa que la misma sea imprescriptible, pues una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles, por analogía se aplicará el artículo 151 del C.P.T.⁷

Siguiendo la anterior línea jurisprudencial y siendo que el derecho al pago de las cesantías definitivas fueron reconocidas por medio resolución nº 0209 del 03 de mayo de 2011; ahora bien, la obligación se hizo exigible el día 27 de julio de 2011, y la petición del reconocimiento y pago de la sanción por mora se hizo el 13 de diciembre de 2016, quiere decir que transcurrieron los tres años de que trata la norma y la jurisprudencia para que operara el fenómeno prescriptivo, dado que el actor contaba hasta el 27 de julio de 2014, para presentar la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Por lo anterior al haberse desvirtuado la presunción de legalidad que cobijan a los actos administrativos hay lugar a su nulidad, no obstante, no hay lugar a pago alguno por concepto de sanción moratoria por haber operado el fenómeno prescriptivo extintivo de los derechos reclamados, por el no pago de las cesantías definitiva y así establecerá en la parte resolutive de esta providencia.

Costas

Aplica la Sala el artículo 188 CPACA que en materia de condena en costas remite a las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, cuyo artículo 365 señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

⁷ «[...] Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero solo por un lapso igual. [...]».



Radicado: 13-001-33-33-000-2016-00737-00
Demandante: LUZ FARIDES BARRETO IBÁÑEZ

Conforme al artículo 361 del C.G.P., las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho. De ahí que para determinar estas últimas es necesario acudir a lo establecido en el numeral 3.1.2. del artículo 6 del Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el H. Consejo Superior de la Judicatura que fija para los procesos ordinarios que se adelanten ante la Jurisdicción Contenciosa en primera instancia con cuantía hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

En relación al criterio adoptado por el Honorable Consejo de Estado frente a la imposición de la condena en costas, se debe precisar que a pesar de ser objetivo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el Juez revise si las mismas se causaron, tal y como lo ordena el artículo 365 del C.G.P. (*Consejo de Estado-Sección Segunda, sentencia proferida el 16 de abril de 2015, dentro del proceso radicado bajo el No. 25000-23-24-000-2012-00446-01, M.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala*).

En ese sentido, no se condenará en costas debido a que al actor le fueron parcialmente favorables las pretensiones de conformidad con el numeral quinto⁸ de la norma ibídem.

7. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión fija nº 001 administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad del Acto administrativo contenido en el oficio sin número fechado diciembre 15 de 2016, emanado del Gerente de la Empresa Social del Estado Río Grande de la Magdalena de Magangué - Bolívar, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLÁRESE de oficio probada la excepción de prescripción extintiva de la sanción moratoria.

TERCERO: Sin costas.

CUARTO: Notifíquese esta sentencia, en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

⁸ En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.



Radicado: 13-001-33-33-000-2016-00737-00
Demandante: LUZ FARIDES BARRETO IBÁÑEZ

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

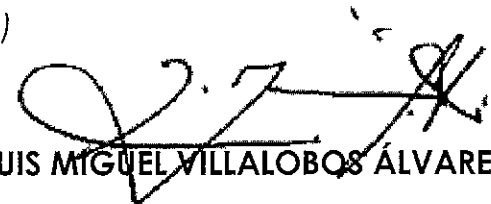
Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha -

LOS MAGISTRADOS

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.

(Ponente)


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

NS 000-2017-00737-00 NOTIFICACIÓN SENTENCIA

Notificaciones Despacho 01 Tribunal Administrativo - Bolivar - Cartagena
<desta01bol@notificacionesrj.gov.co>

Vie 3/07/2020 7:48 PM

Para: ederjenny1@hotmail.com <ederjenny1@hotmail.com>; ubertgomez06@gmail.com <ubertgomez06@gmail.com>;
esemagangue@gmail.com <esemagangue@gmail.com>; ese.magangue@hotmail.com <ese.magangue@hotmail.com>;
esemunicipalmagangue@gmail.com <esemunicipalmagangue@gmail.com>; procesosnacionales@defensajuridica.gov.co
<procesosnacionales@defensajuridica.gov.co>

 1 archivos adjuntos (535 KB)
000-2017-00737-00 - sentencia.pdf;

